

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

**El delito de administración desleal: criterios de
política criminal, fundamentación del injusto y
análisis de la tipicidad objetiva**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

María del Carmen Vera Rivera

DIRECTORA

Pilar Gómez Pavón

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL,
FUNDAMENTACIÓN DEL INJUSTO Y
ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

Tesis presentada para la obtención del título de Doctora en Derecho

Realizada por:

DÑA. MARÍA DEL CARMEN VERA RIVERA

Dirigida por la:

PROF. DRA. DÑA. PILAR GÓMEZ PAVÓN

Madrid-España



**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

Tesis presentada para la obtención del título de Doctora en Derecho

Realizada por **DÑA. MARÍA DEL CARMEN VERA RIVERA**

Dirigida por la **PROF. DRA. DÑA. PILAR GÓMEZ PAVÓN**

Madrid-España

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

Escribir estas líneas de agradecimiento me llena de mucha alegría, por un lado, porque constituyen la muestra de que este trabajo ha llegado a su fin, por otro, me permiten recordar y reflexionar sobre todo lo vivido, lo que ha acarreado y lo que significa haber llegado a este momento.

Comienzo agradeciendo a Dios, por la infinita misericordia que ha tenido conmigo, de mis pecados, porque me ha regalado su Iglesia y dentro de ella al Camino Neocatecumenal, en el que se me ha dado la posibilidad de reconciliarme con mi historia, disfrutarla y ser feliz con ella. Le agradezco por los catequistas y hermanos de comunidad, por el don de la familia, por los amigos y maestros, en fin, por todo lo que Él me ha donado. Le doy gracias porque se me ha dado la posibilidad de conocer el amor dentro del matrimonio, lo que siempre anhelaba, pero lo pensaba imposible.

Agradezco y dedico cada una de estas páginas a mi esposo, Lyonel, con quien he podido descubrir el amor en la verdad, el que me ha amado y me ama en mi realidad. Sin él esto hubiera sido imposible, estar aquí casados, con nuestros hijos y terminar la tesis es la muestra de un esposo que se ha donado completamente, por eso mi sincero agradecimiento. A nuestros hijos Agustín, Catalina, Tomás e Ignacio, un verdadero regalo, porque antes de venir no podíamos tener ninguno y hoy, luego de estos 4 años, son una bendición que alegran constantemente la vida diaria, nos sacan de la rutina, de la comodidad y nos introducen de a poquito en la Vida Verdadera que es dejar de vivir para mí. Nuestros hijos son la muestra fehaciente de que Dios es el dueño de la vida y de la muerte y, además, son mi ayuda constante para no desenfocarme de lo importante del don de la vida, de la misión hermosa de ser madre.

A mi padre Gutemberh y a mi madre Amparito, porque siempre han querido lo mejor para mí, me han donado una vida llena de amor, sacrificios y privilegios, de conocimientos y cultura, de dulzura y corrección, han sido unos

buenos padres, los mejores padres para mí. De mi padre he aprendido sobre todo el amor por la vida, el pelear contra todo y contra todos, por lo que uno piensa y quiere hasta el final y, de mi madre me ha venido la fe, el amor por la Iglesia y la entereza para vivir la vida en medio de dificultades, con una sonrisa, comida sana y buen vino.

A mi suegro Lyonel y a mi suegra Mariana, a quienes considero como a unos padres, porque me han acogido como a una verdadera hija, su historia de vida me ha ayudado a ver que el perdón tiene un sentido, y que siempre se puede reconstruir lo que aparentemente podía estar destruido.

A los hermanos que no escogí y que amo sin cesar, con ellos crecí y he vivido la primera etapa de mi vida, el uno siempre un ejemplo y el otro mi protector, pero los dos siempre dando todo de sí para que yo sea feliz; y, a las hermanas que escogí al casarme, a quienes quiero como si fueran de mi sangre: Gutemberg y Steffi; Alembert; Erika; Kleber y Mariana; y Valentina, la hermana pequeña que siempre quise tener y que la vida ahora me regaló. A mis sobrinos Lionela, Bruno, Eliel, Gabriela, Emilia, Gabriella Kristina, Ariana y Mateo, simplemente porque les quiero y me alegran, porque en ellos veo la naturalidad de la vida que de vez en cuando pierdo. A mis abuelos, tíos, primos y demás familiares, de manera especial a mi abuelo Alembert porque su esfuerzo y dedicación han forjado un legado que continúa en sus hijos y nietos, aunque hoy ya no esté entre nosotros, pero por el amor y el agradecimiento permanecerá siempre.

A mis catequistas de siempre y de ahora, de manera especial al P. Julián, Cuca, Orlando y Geoconda, Gonzalo y Sara, porque por medio de ellos he podido comprobar que la fe es una experiencia de Jesucristo resucitado, que deja ver sus signos por doquier en cada acto de sus vidas, que es posible vivir de otra manera y, sobre todo, ser feliz. A mis comunidades de Guayaquil y de Madrid, porque con ellos he aprendido a vivir la fe con soltura y alegría, con muchos de ellos crecí y fueron y son la ayuda para vivir una fe coherente. A mis amigos del colegio, de la universidad y de la vida. A nuestra familia madrileña, Iñaki, Tere, David y Luis, porque no sólo nos abrieron las puertas

de su casa, nos han dado un sitio en su familia y en su mesa, sino que me he sentido acogida y querida sin pedirme nada a cambio y, siempre me han tratado como a una hija más.

A mi maestra, por su apoyo y su infatigable dirección. Debo decir, que son varias las cosas que he podido disfrutar y apreciar de mi maestra, Pilar Gómez Pavón, y por las que le estaré siempre agradecida. En ella es virtud la práctica constante del respeto hacia sus discípulos; el constante estímulo para despertar en nosotros la creatividad, la originalidad y la realización de un trabajo de excelencia; el hacer fácil y muy concreto lo complejo, extenso y tedioso; el tratar con respeto y prolijidad las ideas ajenas y contrarias; el compartir los conocimientos e ideas de manera generosa y desprendida; el realizar una corrección puntiaguda, prolija, directa, honesta y sin tapujos, etc. Sin mentir podría continuar, pero lo que quiero comunicar es que de Pilar he aprendido mucho más que Derecho penal y eso sólo bastaría, ella y su magisterio son en sí una enseñanza, un estímulo para saber por dónde caminar en el sendero de la Ciencia. Gracias Pilar.

Agradezco también a la Universidad Complutense de Madrid, a la Facultad de Derecho y en concreto al Departamento de Derecho penal, por la oportunidad de poder formarme en el Máster de Derecho Público y, realizar la investigación doctoral. A María del Carmen Armendáriz León, Pilar Mirat Hernández, Félix María Pedreira González, Javier Sánchez-Vera y, los demás profesores y amigos, todos ellos han sido muy importantes para que esto sea una realidad.

Finalmente, y de manera especial, a los compañeros de doctorado y condiscípulos, porque desde que empecé este trabajo doctoral a finales de 2013 y que ahora culmina, hemos compartido la experiencia de aprender juntos realizando nuestras investigaciones. Esta experiencia no hubiera podido ser mejor.

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|-------------|
| ABREVIATURAS | 15 |
| RESUMEN | 19 |
| I. OBJETO Y CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN..... | 19 |
| II. METODOLOGÍA, MEDIOS Y EXPOSICIÓN DE LOS CONTENIDOS .. | 21 |
| III. CONCLUSIONES Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN | 22 |
| ABSTRACT | 27 |
| I. OBJECT AND CONTENT OF RESEARCH | 27 |
| II. METHODOLOGY, MEANS AND EXPOSITION OF CONTENTS ... | 29 |
| III. CONCLUSIONS AND RESEARCH RESULTS | 30 |
| BIBLIOGRAFÍA DESTACADA..... | 35 |
| INTRODUCCIÓN | 43 |

CAPÍTULO PRIMERO

**JUSTIFICACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA
ADMINISTRACIÓN DESLEAL DESDE EL DERECHO PENAL
ECONÓMICO**

| | |
|---|----|
| I. OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO | 49 |
| II. REALIDAD QUE CONDICIONA EL SURGIMIENTO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS | 52 |
| 1. La observación criminológica como punto de partida | 52 |

| | | |
|------|--|-----|
| 2. | Situación jurídica actual como respuesta a los modernos caracteres de la sociedad | 58 |
| III. | DELITOS SOCIOECONÓMICOS: CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN . | 67 |
| 1. | Definición y bien jurídico en los delitos socioeconómicos | 69 |
| 2. | Criterios de legitimación y su diferenciación de la técnica legislativa..... | 75 |
| 3. | Discusión sobre la legitimación | 82 |
| 4.1. | <i>Definición de bien jurídico colectivo</i> | 90 |
| 4.2. | <i>La legitimación de la protección de bienes jurídicos colectivos: discusión material vs. discusión formal</i> | 94 |
| 4.3. | <i>Nuevos delitos, regidos por los mismos principios</i> | 100 |
| 4.4. | <i>Nuevos delitos y su técnica legislativa</i> | 103 |
| 5. | Concreción de la justificación respecto de la administración desleal ... | 106 |
| IV. | DELITOS SOCIETARIOS | 111 |
| 1. | Definición de los delitos societarios: especial referencia al lugar de comisión, y su relación con la administración desleal | 115 |
| 2. | El orden societario y la administración desleal: pautas para interpretar los elementos típicos | 123 |

CAPÍTULO SEGUNDO

EXPLICACIÓN DE LA POSITIVIZACIÓN DEL ART. 252 CP Y SELECCIÓN DE VARIOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES A LA NUEVA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

| | | |
|------|--|-----|
| I. | OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO | 133 |
| II. | REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ACTUAL ART. 252 CP..... | 138 |
| III. | LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA Y SU INTRODUCCIÓN EN EL CP DE 1995 | 146 |
| 1. | El orden jurídico societario y su protección penal: condiciones para la tipificación, ubicación sistemática, objeto jurídico y razones de Política Criminal..... | 146 |
| 2. | La administración desleal societaria del CP de 1995 | 160 |

| | | |
|-----|---|-----|
| IV. | EXPLICACIÓN DE LA POSITIVIZACIÓN DEL ART. 252 CP..... | 170 |
| 1. | La administración desleal: recepción del modelo alemán | 170 |
| 2. | Modalidades de administración desleal: protección del patrimonio de los ataques internos y externos..... | 177 |
| 3. | Lo irrelevante que resulta distinguir entre las dos modalidades en el art. 252 CP | 187 |
| 4. | Sistematización operada por el Tribunal Supremo y los argumentos del Preámbulo de la LO 1/2015 | 193 |
| 5. | Interpretación de la modalidad de distracción de dinero como tipo de administración desleal | 198 |
| | 5.1. <i>Antecedentes y doctrina del Tribunal Supremo</i> | 200 |
| 6. | Repercusiones de la interpretación sobre la modalidad de distracción de dinero en la nueva regulación de la administración desleal..... | 221 |
| V. | CRITERIOS TRASLADABLES A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 252 CP | 232 |

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN PENAL: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

| | | |
|-----|--|-----|
| I. | OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO | 237 |
| II. | EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER | 242 |
| 1. | ¿Es realmente el delito de administración desleal un delito de infracción de deber?..... | 242 |
| | 1.1. <i>Exposición de las diferentes posturas</i> | 242 |
| | 1.2. <i>¿Por qué el delito de administración desleal no es un delito de dominio?</i> | 248 |
| 2. | Concreción del deber de protección patrimonial y de su infracción ... | 256 |
| | 2.2. <i>El deber de lealtad</i> | 260 |
| | 2.3. <i>El deber de protección patrimonial</i> | 266 |

CAPÍTULO CUARTO

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

| | | |
|------|--|-----|
| I. | OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO | 277 |
| II. | DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 252 CP | 281 |
| 1. | El patrimonio como bien jurídico protegido | 281 |
| 2. | Teorías sobre el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio | 292 |
| 2.1. | <i>La teoría jurídica</i> | 292 |
| 2.2. | <i>La teoría económica</i> | 293 |
| 2.3. | <i>La teoría mixta</i> | 295 |
| 2.4. | <i>La teoría personal o funcional</i> | 301 |
| 2.5. | <i>Toma de postura</i> | 306 |
| 3. | Objeto jurídico protegido y su repercusión en las distintas modalidades | 311 |
| 4. | Excurso: protección de la relación de confianza | 312 |
| III. | DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO CUANDO EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO SEA EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN | 317 |
| 1. | El patrimonio de la sociedad como bien jurídico protegido | 317 |
| 2. | ¿La estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico- económico como bien jurídico protegido? | 328 |

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO: UNA NECESARIA INTERPRETACIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA Y DEL ORDENAMIENTO DE REFERENCIA | 339 |
| II. | COMPORTAMIENTO TÍPICO | 346 |

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | Determinación de las facultades susceptibles de configurar un ataque patrimonial | 347 |
| 2. | Infracción de las facultades para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en el ejercicio de las mismas | 355 |
| 2.1. | <i>Concepto jurídico penal de exceso o abuso</i> | 357 |
| 2.2. | <i>Exceso del administrador en el ejercicio de las facultades para administrar el patrimonio ajeno</i> | 365 |
| 3. | Determinación de las diferentes modalidades de los comportamientos típicos | 373 |
| 3.1. | <i>Comportamientos de disminución del patrimonio mediante la disminución del activo: actos de disposición punibles</i> | 376 |
| 3.2. | <i>Comportamientos de disminución del patrimonio mediante el aumento del pasivo: contracción punible de obligaciones.....</i> | 384 |
| 3.3. | <i>Comportamientos que impiden un aumento futuro del valor patrimonial total o que conducen a su ulterior reducción</i> | 388 |
| 4. | Acción y omisión en los delitos de infracción de deber: fundamento, posición de garante y desvinculación de la posición de garante..... | 391 |
| 5. | Perjuicio patrimonial: la exigencia de un resultado de lesión | 414 |
| III. | OBJETO DE LA ACCIÓN: EL PATRIMONIO ADMINISTRADO | 427 |
| IV. | SUJETO PASIVO: EL TITULAR DEL PATRIMONIO ADMINISTRADO | 432 |
| V. | AUTOR..... | 435 |
| 1. | Delitos de infracción de deber y delitos especiales | 436 |
| 2. | Destinatario de la prohibición del art. 252 CP: el administrador de hecho o de derecho | 441 |
| 3. | Las personas jurídicas como posibles autores del delito de administración desleal..... | 450 |
| 4. | La tentativa | 451 |
| 5. | Varios problemas de autoría: coautoría, autoría mediata e intervención de terceros ajenos al deber..... | 455 |
| 5.1. | <i>La coautoría y su diferenciación de los supuestos de autoría múltiple</i> | 456 |
| 5.2. | <i>La imposibilidad dogmática de construir una autoría mediata en la administración desleal</i> | 458 |

| | |
|--|-----|
| 5.3. <i>La intervención de un tercero ajeno al deber y el quantum de la pena</i> | 459 |
| CONCLUSIONES | 463 |
| PROPUESTA DE LEGE FERENDA | 493 |
| BIBLIOGRAFÍA | 495 |
| JURISPRUDENCIA | 545 |
| I. ADMINISTRACIÓN DESLEAL | 545 |
| II. OTRAS MATERIAS | 547 |
| MATERIALES Y MEDIOS LEGISLATIVOS | 549 |
| I. CÓDIGOS Y LEYES | 549 |
| II. PROYECTOS LEGISLATIVOS E INFORMES | 551 |

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

ABREVIATURAS

| | |
|-------------------|---|
| AAN: | Auto de la Audiencia Nacional |
| ADPCP: | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales |
| AGE: | Asociación de Geógrafos españoles |
| AJA: | Actualidad Jurídica Aranzadi |
| AN: | Audiencia Nacional |
| AP: | Audiencia Provincial |
| apart.: | apartado |
| art. / arts.: | artículo/artículos |
| ATS: | Auto del Tribunal Supremo |
| BOCE: | Boletín Oficial de las Cortes Españolas |
| BOE: | Boletín Oficial del Estado |
| CDJ: | Cuadernos de Derecho Judicial |
| CE: | Constitución Española |
| CENDOJ: | Centro de Documentación Judicial del CGPJ |
| cf. / cfr.: | <i>confer</i> (comparar/consultar) |
| CGPJ: | Consejo General del Poder Judicial |
| coord. / coords.: | coordinador/coordinadores |
| CO ₂ : | dióxido de carbono |
| CP: | Código penal |
| CPA: | Código penal alemán |
| CPC: | Cuadernos de Política Criminal |
| dir. / dirs.: | director/directores |
| Ed.: | Editorial |
| edit. / edits.: | editor/editores |
| EPCr: | Estudios Penales y Criminológicos |
| etc.: | etcétera |
| fasc.: | fascículo |

| | |
|---------------|--|
| LH: | Libro Homenaje |
| LO: | Ley Orgánica |
| núm.: | número/numeral |
| Ob. Cit.: | en la obra citada |
| ONG: | Organización no gubernamental |
| ÖStGB: | Das österreichische Strafgesetzbuch (CP austriaco) |
| p. ej.: | por ejemplo |
| pág. / págs.: | página/páginas |
| PANCP: | Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 |
| PCP-1992: | Proyecto de Código Penal de 1992 |
| PCP-1994: | Proyecto de Código Penal de 1994 |
| PE: | Parte Especial |
| PG: | Parte General |
| PIB: | Producto interior bruto/producto interno bruto |
| PLOCP: | Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 |
| PPU: | Promociones y Publicaciones Universitarias |
| Prof.: | Profesor |
| RAE: | Real Academia Española |
| RdDPPP: | Revista de Derecho Penal y Procesal Penal |
| RDPCr: | Revista de Derecho Penal y Criminología |
| RdS: | Revista de Derecho de Sociedades |
| RECPC: | Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología |
| rev. | revisión/revisa/revisado |
| RJ: | Repertorio de Jurisprudencia |
| RPPJ: | Responsabilidad penal de la persona jurídica/ responsabilidad penal de las personas jurídicas |
| SAN: | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| sec. | sección |
| ss. | siguiente/siguiente |
| StGB: | Strafgesetzbuch (o CP alemán) |
| STS: | Sentencia del Tribunal Supremo |
| t. | tomo |
| TC: | Tribunal Constitucional |

| | |
|---------|--|
| trad. | traducción/traductor/traduce |
| TRLSC: | Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital |
| TS: | Tribunal Supremo |
| UAB: | Universidad Autónoma de Barcelona |
| UAM: | Universidad Autónoma de Madrid |
| UCM: | Universidad Complutense de Madrid |
| UNED: | Universidad Nacional de Educación a Distancia |
| v. gr. | <i>verbi gratia</i> /verbigracia/por ejemplo |
| vol. | Volumen |
| vs.: | versus (frente a, contra) |
| VV.AA.: | Autores varios |

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

RESUMEN

I. OBJETO Y CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de este trabajo es el estudio del tipo penal del art. 252 CP que regula la punición de la administración desleal de patrimonios ajenos, se trate de un patrimonio social o individual, de una persona jurídica o física. La investigación se encuentra sistemáticamente estructurada en cinco capítulos:

El capítulo primero tiene relación con la vinculación normativa que existe entre la administración desleal y el Derecho penal económico. Este capítulo ha tenido como finalidad averiguar cuáles son los criterios materiales generales que justifican la persecución penal de la administración desleal desde los presupuestos del Derecho penal económico. Por eso, los distintos apartados que lo componen, giran en torno a la explicación de los delitos económicos (objeto de protección, presupuestos de su legitimación, etc.) para establecer cuál es el punto de contacto de legitimación respecto de la administración desleal. La misma tarea se ha realizado alrededor de los delitos societarios.

El capítulo segundo, ha tenido como cometido describir cuál ha sido la política criminal seguida para la tipificación de la administración desleal en España. En este capítulo, se ofrece una explicación respecto de la vigencia normativa del art. 252 CP, señalando que la razón fundamental de la positivización del art. 252 CP, está referida a la sistematización de la administración desleal operada por el Tribunal Supremo. Empezamos con unos apartados introductorios sobre los antecedentes legislativos del art. 252 CP antes de la reforma de la LO 10/1995 y continuamos con la revisión de la regulación de la administración desleal societaria que estuvo vigente desde ese momento hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015. Inmediatamente después, expusimos cuál es el modelo de la administración desleal en Alemania para

luego, desarrollar la explicación que propusimos del nuevo delito de administración desleal.

Los tres capítulos restantes han tenido como finalidad determinar y exponer los criterios materiales del tipo; para de este modo, realizar una interpretación de los elementos típicos.

En el capítulo tercero, se desarrolla la fundamentación de la administración desleal como delito de infracción de deber, lo importante ha sido responder a la cuestión de si el delito de administración desleal se erige como un límite genérico que prohíbe la configuración de daños contra terceros o si por el contrario es un delito en el que no sólo se exige a los destinatarios de la prohibición el cumplimiento de un deber negativo (de no dañar), sino que además, se trata de deberes que obligan al destinatario a conformar de manera completa o parcial un mundo en común, es decir: procurar el mantenimiento, aseguramiento, protección y/o mejora de un determinado bien jurídico.

En el capítulo cuarto nos ocupamos exclusivamente de la función dogmática del bien jurídico. La finalidad del capítulo ha sido determinar cuál es el objeto de protección del art. 252 CP, y la relación que existe respecto de los supuestos de administración desleal del órgano de administración. Además, se ofrece una fundamentación del concepto de patrimonio superadora no sólo de las concepciones jurídica y económica, sino que resuelve los problemas materiales que hicieron surgir un concepto personal o funcional crítico de la fundamentación jurídico-económica del patrimonio.

En el último capítulo, se han estudiado los elementos objetivos del tipo: comportamiento típico y resultado, objeto material, sujeto pasivo, autor típico. Hemos realizado una interpretación que contempla dos aspectos diferenciados: a) una interpretación histórico-normativa; y, b) que debe tener en cuenta la normativa del ordenamiento de referencia. El análisis se realizó entendiendo la administración desleal como la grave infracción del deber de protección patrimonial y no como una caracterización del tipo de abuso, porque haya o no negocio jurídico o poder de representación, el tipo se configura por la

infracción del deber de protección patrimonial debido por parte del administrador al titular del patrimonio administrado.

II. METODOLOGÍA, MEDIOS Y EXPOSICIÓN DE LOS CONTENIDOS

En relación al método, debemos señalar que hemos seguido las directrices interpretativas propias de la Ciencia del Derecho penal, y en función de cada elemento a interpretar, se ha privilegiado un método respecto de otro. Por tanto, la exposición de los diferentes apartados ha hecho uso de las diversas formas de interpretación admitidas y utilizadas por la dogmática penal: gramatical, lógica, histórica, sistemática y teleológica. Debemos señalar que el método que hemos privilegiado en general, ha sido el teleológico (normativo). Por otro lado, en determinados apartados del capítulo primero, también hemos usado los criterios criminológicos, por ejemplo, en relación a los orígenes del delito económico (*white collar crime*).

En relación a los medios, debemos señalar que, hemos desarrollado la investigación a partir del estudio y análisis de obras científicas generales (tratados, manuales, etc., también es importante señalar que se ha recurrido a los comentarios del delito en relación a cada codificación o momento de vigencia), especiales y particulares del Derecho penal; monografías específicas del delito de administración desleal; artículos de revistas generales, especiales y particulares del Derecho penal; artículos de revista del delito de administración desleal; obras científicas generales (tratados, manuales, etc.) y especiales del Derecho civil, mercantil y societario. Se ha recurrido a la jurisprudencia sobre la materia, teniendo en cuenta que antecedente del vigente art. 252 CP, lo es tanto el antiguo art. 252 CP en la modalidad de distracción de dinero, así como el suprimido art. 295 CP que sancionaba la administración desleal societaria.

En relación a la exposición de los contenidos y los resultados de la investigación, hemos querido desarrollar la explicación de los diferentes

problemas en función del nivel de abstracción-concreción del texto de la norma y sus elementos fundamentales. En este sentido, lo primero que hemos expuesto han sido los criterios que legitiman la administración desleal. Después ya en relación al contenido de la prohibición, hemos desarrollado la exposición de la política criminal que ha inspirado la tipificación de la administración desleal, esto lo hemos hecho de la mano de la explicación de la positivización del art. 252 CP. Luego ya en relación al texto punitivo, hemos determinado cuáles son los fundamentos materiales del injusto en la administración desleal, para después determinar qué es lo que protege este concreto delito. Para al final, exponer una interpretación de cada elemento de la tipicidad objetiva, en coherencia con los resultados alcanzados en los capítulos previos. Hemos ido desde la política criminal, pasando por la fundamentación típica, para llegar a la interpretación del precepto.

III. CONCLUSIONES Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En relación a las conclusiones, podemos señalar lo siguiente:

1. El delito de administración desleal, es un tipo penal que protege todo tipo de patrimonios y en este sentido, se trata de un delito económico porque los comportamientos desleales atacan a la garantía de la libertad económica de toda persona.
2. En relación a la explicación del vigente art. 252 CP, una conclusión que extraemos es que la jurisprudencia que el Tribunal Supremo español desarrolló del tipo de distracción de dinero (antiguo artículo 252 CP) como modelo del tipo de la infidelidad y/o tipo de abuso, no es extrapolable al ámbito de aplicación de la nueva administración desleal. Por ello, la discusión que existe en el ámbito de la interpretación del parágrafo 266 CP alemán, sobre la distinción entre las dos modalidades o tipos de la administración desleal, carece de repercusiones respecto del art. 252 CP, por lo que no es extrapolable tampoco ni la discusión ni las limitaciones: el tipo penal del art. 252 CP protege, en definitiva, al patrimonio de los ataques internos y externos que se

puedan dar en el marco de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado.

3. El fundamento de este delito lo constituye la violación o quebrantamiento de los deberes del cargo por el que se ostenta la administración de los bienes de otro, nos encontramos ante un delito de infracción de deber. Existe un deber de lealtad previsto en la normativa extrapenal que da lugar en el ámbito jurídico-penal a un deber de ayuda y fomento del bien jurídico (deber positivo) denominado deber de protección patrimonial. Este deber positivo, incluye a su vez, el deber de no realizar actos que lesionen el patrimonio (*neminem laedere*). Sin embargo, el administrador no sólo está impelido por el deber genérico de no causar daños en el patrimonio confiado (deber negativo), sino precisamente está obligado a actuar (omitir) de tal modo que eso signifique ayuda y fomento del bien jurídico que se le ha confiado, el patrimonio (deber positivo).

4. Lo que se protege de manera inmediata en el delito de administración desleal del art. 252 CP es sin duda, el patrimonio del sujeto pasivo, respecto de quien el administrador, el autor típico, tiene unos concretos deberes de custodia y protección del patrimonio administrado. El patrimonio como bien jurídico, constituye una opción que tiene como soporte: la ubicación sistemática del precepto, la finalidad objetiva del mismo y, sobre todo, su tenor literal.

5. Este delito es de infracción de deber. El ejercicio con exceso o abuso de las facultades de administración no se entiende sin aceptar que esas facultades de administración han sido concedidas en función del establecimiento de una relación jurídica, la relación jurídica entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. Por lo que, en el ámbito del art. 252 CP, excederse en el ejercicio de las facultades de administración no es sino la concreta infracción del deber de custodia o protección patrimonial. El tipo penal podría sin reparos decir: será punible el comportamiento del administrador que con ocasión de la infracción de su deber de protección patrimonial cause un perjuicio al patrimonio ajeno. La prohibición sería la siguiente: está prohibido respecto de los administradores, la infracción del

deber de protección patrimonial que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

6. Desde una interpretación lógica que coincide parcialmente con la interpretación histórico-normativa, las formas de causar un perjuicio patrimonial se concretan en: la disposición de los bienes patrimoniales, la contracción de obligaciones a cargo del titular del mismo y, aquellos supuestos que impiden un aumento del patrimonio o que causan una disminución futura de aquel, porque en el patrimonio también se deben considerar aquellos rubros que podrían integrar el activo o el pasivo, porque la probabilidad de incremento patrimonial o en su defecto, una futura disminución patrimonial, es razonablemente cierta de haber el administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían.

7. En relación a la comisión por omisión, en este delito se observa una equivalencia material, porque lo relevante es la defraudación de la expectativa en sí, y no la forma (acción u omisión) en la que se produce dicha defraudación.

8. Existe la posibilidad lícita de desvincularse de la posición de garante. Porque en los casos en los que el comportamiento típico lo realice un tercero, sea este un subordinado o un sujeto que se encuentra en el mismo nivel jerárquico, para imputar al administrador será preciso observar una inadecuada desvinculación de la posición de garante y, por tanto, en este caso se puede afirmar que, el comportamiento del tercero y su resultado es consecuencia del comportamiento del administrador, porque ha infringido su deber y se ha configurado el resultado prohibido.

9. En lo que respecta al perjuicio patrimonial, nos encontramos ante un delito de resultado de lesión, porque el tipo penal exige para configurar la tipicidad, la causación o producción de un perjuicio patrimonial, un daño al bien jurídico tutelado.

10. El nuevo tipo penal de administración desleal contempla una coincidencia lógico-material entre el objeto jurídico de protección y el objeto material de la acción. Porque el bien jurídico del art. 252 CP es el patrimonio

administrado y el objeto material lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio total sobre los que se ejerce de manera excedida o abusiva las facultades de administración que sobre el patrimonio se ostenta.

11. Si el bien jurídico es el patrimonio administrado, el sujeto pasivo es quien ostenta la titularidad de aquel patrimonio.

12. Respecto de la autoría, la nota definitoria en el delito de administración desleal viene señalada, por el deber de cuidado patrimonial que incumbe a una persona, a la que, en concreto, le ha sido encomendada la facultad jurídica de decisión autónoma de administrar (o gestionar) un patrimonio ajeno, en el sentido de que dicho sujeto goza de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión de dicho patrimonio, y en relación al cual (al margen de discrecionalidad), puede producir un ataque al patrimonio administrado.

13. Es preciso diferenciar los comportamientos de los administradores de derecho, que ostentan en relación a un título positivo, efectivo o real, el encargo para gestionar el patrimonio ajeno, respecto de quienes tienen el encargo de gestionar y administrar el patrimonio ajeno, pero no en consideración a un título positivo, sino en relación a uno negativo u omisivo, nos referimos a los administradores de hecho.

14. No existe inconveniente dogmático alguno para admitir que una persona jurídica sea susceptible de ser sujeto activo de un delito de administración desleal, por lo que de *lege ferenda* se debe realizar su inclusión.

15. En el ámbito de la administración desleal, la tentativa será punible si nos encontramos ante un grave comportamiento de deslealtad del administrador cuyo resultado es de peligro al bien jurídico y no de lesión. Esto es lo que sucede respecto de los actos preparatorios realizados por el destinatario de la prohibición en la administración desleal, y que constituye la razón por la que el legislador ha dejado fuera del art. 269 CP, la referencia al delito del art. 252 CP.

16. Si un administrador infringe su deber provocando la lesión al patrimonio, y esta acción coincide temporal y objetivamente con otra acción de otro administrador que produce el mismo resultado, nos encontramos ante supuestos de autoría múltiple y no de coautoría.

17. Finalmente, en todos los supuestos de administración desleal, la autoría es inmediata, porque la punibilidad se fundamenta en la infracción del deber y no en la actuación con dominio del hecho mediante un instrumento personal, por lo que se descarta la posibilidad de una autoría mediata.

**THE CRIME OF ABUSE OF TRUST:
CRIMINAL POLICY CRITERIA, FOUNDATIONS OF UNFAIR, AND
ANALYSIS OF OBJECTIVE TYPICITY**

ABSTRACT

I. OBJECT AND CONTENT OF RESEARCH

The object of this work is the study of the criminal offense of art. 252 PC regulating the punishment the crime of abuse or breach of trust, whether it is about social or individual patrimony, from a legal or natural person. The investigation is systematically structured into five chapters:

The first chapter is related to the normative link that exists between breach of trust and economic criminal law. This chapter has been aimed to find out what are the general substantive criteria that justify the criminal prosecution of abuse of trust from the budgets of economic criminal law. Therefore, the different sections that compose it, are about the explanation of economic crime (object of protection, budgets of its legitimacy, etc.) to establish what is the point of contact of legitimacy regarding breach of trust. The same task has been made about corporate crime.

The second chapter, has had the task of describing what has been the criminal policy for the offense of breach of trust in Spain. In this chapter, an explanation regarding effective regulation of art 252 PC is offered, pointing out that the rationale for the positivization of art. 252 PC, is referred to the systematization of breach of trust operated by the Supreme Court. We started with a few introductory sections on the legislative history of art. 252 PC before the reform of LO 10/1995 and continue with the review of the regulation of breach of trust of corporate management that was in force from that time until the entry into force of the LO 1/2015. Immediately after, we exposed what model of abuse of trust is applied Germany, so then develop the explanation we proposed about the new offense of breach of trust in patrimonial management.

The remaining three chapters have been aimed at identifying and exposing the material type criteria; to thereby make an interpretation of the typical elements.

In the third chapter, the basis of breach of trust is developed as a crime of breach of duty, the important thing has been answering the question of whether the offense of breach of trust stands as a generic limit prohibiting settings of damages against third parties, or if on the contrary it is a crime in which not only the recipients of the ban are obligated to compliance with a negative duty (not to damage), but also, it is about duties that require the recipient to form, in a complete or partial way, a world in common, namely: to ensure the maintenance, insurance, protection and/or improvement of a particular legal good.

In the fourth chapter we deal exclusively with the dogmatic function of the legal good. The purpose of the chapter was to determine what is the object of protection of art. 252 PC, and the relationship that exists regarding the assumptions of breach of trust in management of the administration organ. Furthermore, it provides a foundation of the concept of heritage overcomes not only the legal and economic concepts, but solved the material problems that gave rise to a personal concept or functional critic of the legal and economic heritage foundation.

In the last chapter, we have studied the objective elements such as: typical behavior and result, material object, passive subject, typical author. We have made an interpretation that includes two distinct aspects: a) a historical-normative interpretation; and, b) it must take into account the rules of order of reference. The analysis was conducted understanding abuse of trust as a serious breach of duty of heritage protection and not as a characterization of the type of abuse, because whether or not legal transaction or power of attorney, the type is set by the breach of duty of heritage protection due to the administrator to the owner of managed assets.

II. METHODOLOGY, MEANS AND EXPOSITION OF CONTENTS

Regarding the method, we must note that we have followed the interpretive guidelines of Science criminal law, and depending on each element to interpret, a method has been privileged over another. Therefore, the exposure of different sections has made use of various forms of accepted interpretation and used by the criminal dogma: grammatical, logical, historical, systematic and teleological. We should note that the method we have privileged in general has been the teleological (normative). On the other hand, in certain sections of the first chapter, we also used criminological criteria, for example, regarding to the origins of economic crime (*white collar crime*).

With regard to the media, we must note that we have developed research based on the study and analysis of general scientific works (treatises, manuals, etc., it is also important to note that we used the comments of crime in relation to each coding or moment of force), special and particular criminal law; specific monographs of the offense of unfair administration; articles general, special and particular of criminal law journals; magazine articles about the offense of breach of trust in patrimonial management; and Specials of civil, comercial and corporate law. It has resorted to jurisprudence on the matter, considering that the current art. 252 PC, it is both the ancient art. 252 PC in the form of distraction of money as well as the suppressed art. 295 PC sanctioning the breach of trust in corporate management.

Regarding the presentation of the contents and results of research, we wanted to develop the explanation of the different problems depending on the level of abstraction-concreteness of the text of the standard and its basic elements. In this sense, the first thing we discussed were the criteria that legitimize abuse of trust. After that, regarding the content of the ban, we have developed the exposure of the criminal policy that has inspired the definition of breach of trust, we have done this at the same time of the explanation of positivization of art. 252 PC. Then, in relation to punitive text, we have determined what are the material foundations of the unjust breach of trust, in order to determine what is what protects this particular crime. To the end,

present an interpretation of each element of the objective criminality, consistent with the results achieved in the previous chapters. We have gone from the criminal policy, through the typical basis, to reach the interpretation of the provision.

III. CONCLUSIONS AND RESEARCH RESULTS

Regarding the conclusions, we note the following:

1. The offense of abuse or breach of trust, is a criminal type that protects all types of patrimony and in this sense, is an economic crime because unfair conduct attacks the economic freedom guarantee of every person.
2. With regard to the explanation of the current art. 252 PC, a conclusion we draw is that the jurisprudence of the Spanish Supreme Court developed the type of distraction of money (according art. 252 PC) as a model of the type of infidelity and/or type of abuse can't be extrapolated to the scope new disloyal administration. Therefore, the discussion that exists in the field of interpretation of paragraph 266 German PC on the distinction between the two forms or types of breach of trust has no implication regarding the art. 252 PC, so neither can't be extrapolated or discussion or limitations: the crime of art. 252 PC protects, ultimately, the patrimony of internal and external attacks that may occur in the context of the legal relationship between manager and owner of the managed assets.
3. The foundation of this offense constitutes a violation or breach of the duties of the position on the administration of the property of another holds, we have a crime of breach of duty. There is a duty of loyalty laid down out of the criminal law resulting in legal and criminal matters to a duty of assistance and encouragement of the legal (positive duty) called patrimony protection duty. This positive duty, includes at the same time, the duty not to perform acts that damage the heritage (*neminen laedere*). However, the administrator is not only driven by the general duty not to cause damage to the entrusted assets

(negative duty) but indeed is obliged to act (skip) so that means assistance and encouragement of the legal right to it entrusted, patrimony (positive duty).

4. What is protected immediately in the offense of breach of trust of art. 252 PC is undoubtedly the patrimony of the passive subject, for whom the administrator, the typical author, has some specific duties of custody and protection of the managed heritage. The heritage as a legal right, an option which is to support the systematic location of the provision, the objective purpose of it and, above all, its wording.

5. This offense is a breach of duty. Exercise excessively or abuse of administrative powers is not understood without accepting that these administrative powers have been granted based on the establishment of a legal relationship, the legal relationship between the manager and the owner of the managed patrimony. So, in the field of art. 252 PC, overdo the exercise of administrative powers is the concrete breach of duty of care or asset protection. The offense could unabashedly say: the behavior of the administrator will be punishable during the infringement of its duty to asset protection causes injury to other people's heritage. The ban would be: is prohibited with respect to the administrators, breach of duty of asset protection that causes injury to the managed assets.

6. From a logical interpretation that partially coincides with the historical-normative interpretation, the ways to cause property damage are: the disposition of the assets, the contraction of obligations of the holder thereof and circumstances that prevent an increase heritage or cause a future decline of that, because the equity also should consider those items that could comprise the asset or liability, because the likelihood of capital gains or failing that, a future equity reduction is reasonably certain of administrator have acted in accordance with the duties incumbent upon it.

7. In relation to the commission by omission, in this crime substantively equivalent is observed, because what matters is the disappointment of the expectation itself, and not the (act or omission) in which such fraud occurs.

8. There is a legitimate possibility to disassociate themselves from the guarantor. Because in cases where the typical behavior is performed by a third party, be it a subordinate or a subject that is in the same hierarchical level, to impute the administrator will be necessary to observe an inadequate untying guarantor, and therefore, in this case it can be said that, the behavior of the third and its result is a consequence of the behavior of the manager, because he has violated his duty and is configured prohibited result.

9. With respect to patrimonial damage, we face a crime of result of injury because the offense requires to set typicality, causation or production of a patrimonial damage, a damage to the protected legal asset.

10. The new offense of breach of trust contemplates a logical-material coincidence between the legal object of protection and the material object of the action. Because the legal right of art. 252 PC is the heritage administered and the subject material constitute the assets, rights and obligations that make up the total assets on which is exercised exceeded or misused the powers of administration on equity is held.

11. If the legal right is the managed patrimony, the passive subject is the one who holds the title of that heritage.

12. Regarding the authorship, note defining the offense of breach of trust in management has signaled, the duty of heritage care that fall on a person, which, in particular, has been entrusted the legal authority of an autonomous decision to administer (or manage) a heritage of other, in the sense that the subject has a relevant margin of discretion in the management of that heritage, and in relation to which (at discretion), it can cause an attack on managed assets.

13. It is necessary to differentiate the behavior of entitled managers, who hold in relation to a real positive title, effective or commissioned, to manage other people's heritage, for those who have the task of managing and administering the assets of another, but not in consideration of a positive title, but in relation to a negative or omission, we refer to the fact managers.

14. There is no dogmatic objection to admit that a corporation is capable of being active subject of an offense of breach of trust, so that should be performed *lege ferenda* inclusion.

15. In the field of breach of trust, the attempt is punishable if we have a serious behavior of disloyalty from the administrator, whose result is dangerous to the legal asset and no of injury. This is what happens regarding to the preparatory acts performed by the recipient of the prohibition on breach of trust, and that constitutes reason why the legislature left out of art. 269 PC, the reference to the crime of art. 252 PC.

16. If an administrator violates his duty causing injury to the patrimony, and this action coincides in time and objectively with another action of another manager who produces the same result, we are faced with cases of multiple authorship, and not co-authorship.

17. Finally, in all cases of breach of trust in patrimonial management, the authorship is immediate, because criminal liability is based on breach of duty and not in acting proficient done by a personal instrument, so the possibility of a perpetration is discarded.

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

- BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal en el nuevo Código penal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
 - «La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la UAM del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005.
 - «Problemas constitucionales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la administración desleal», en *LH al PROF. RODRÍGUEZ RAMOS, L.*, coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - *Derecho Penal*, Parte General, segunda edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*, segunda edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010.

- CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «17.6. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado» en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., coord. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CASTRO MORENO, A.: *El delito societario de administración desleal (art. 295)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, primera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 - *Los delitos societarios*, segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Ed. Reus, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la empresa*, dir. CORCOY BIDASOLO, M., Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.
- FERRÉ OLIVÉ, J.: «La administración social fraudulenta (art. 295 del Código Penal)», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, coords. GALÁN CORONA, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- GALLEGO SOLER, J.: «Sección 2ª de la Administración desleal», en *Comentarios al Código penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, dir. CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., coord. VERA SÁNCHEZ, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, segunda edición, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2015.

- GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, segunda edición, dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J., coords. GÓRRIZ ROYO, E., MATALLÍN EVANGELIO, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», en *ADPCP*, vol. LXVI, 2013.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: *Los delitos especiales*, Ed. Edisofer y B d F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código penal», en *Dogmática y Ley Penal*, LH al PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO, coords. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ZUGALDÍA ESPINAR, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GÓMEZ-JARA, C., «La problemática de la administración desleal en los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?», en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., GARCÍA CAVERO, P., Ed. ARA, Lima, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII)», en *Derecho Penal, Parte Especial*, cuarta ed., Ed. Tirant lo Blanch, coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J., Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)», en *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, coord. MORILLAS CUEVA, L., Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- JAÉN VALLEJO, M.: «La administración desleal como delito de infracción de deber», en *Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 11, junio 2010.

- JAKOBS, G.: *Derecho penal*, Parte General, trad. CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., segunda edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos*, La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles, Ed. Civitas, Madrid, 2015.
- LUZÓN PEÑA, D., ROSO CAÑADILLAS, R.: «Concurso entre apropiación indebida y administración desleal», en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.
 - «La administración desleal societaria en el derecho penal español», en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Administración desleal, dir. BOIX REIG J., coord. LLORIA GARCÍA P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)», en *EPCr*, Proyecto de investigación Delitos económicos, dir. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Universidad de la Coruña, vol. XVII, Santiago de Compostela, 1994.
 - «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *EPCr*, vol. XXXV, 2015.
 - *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, quinta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, cuarta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de Lege Ferenda*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, Parte General, novena edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F.: «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
- NIETO MARTÍN, A.: «17.7. Administración desleal», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., coord. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - *El delito de administración fraudulenta*, primera edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1996.
- PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en *Lecciones de Derecho penal*, Parte Especial, cuarta edición, Ed. Atelier, 2015.
 - *El delito de administración desleal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.
- PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dirs. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2013.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.

- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, séptima edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito de administración desleal», *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- REQUENA JULIANI, J.: *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio. Posición de garante e imputación objetiva*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997.
- ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», en *Revista Penal*, núm. 23, enero de 2009.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal*, Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la segunda edición alemana y notas por: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- RUEDA MARTÍN, M.: «La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código penal», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *LH PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

- «Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., Madrid, 2013.
- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., GARCÍA CAVERO, P., Ed. ARA, Lima, 2010.
- SILVA CASTAÑO, M.: *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

INTRODUCCIÓN

“Ahora bien, lo que se exige de los administradores es que sean fieles”.

1 Co. 4, 2.

El objeto de este trabajo es el estudio del tipo penal de administración desleal¹. En este sentido, se puede afirmar que el art. 252 CP regula la punición del delito de administración desleal de patrimonios ajenos, se trate de un patrimonio social o individual, de una persona jurídica o física. Pero, ¿por qué escoger el estudio de esta cuestión?, la respuesta es sencilla, consideramos junto con gran parte de la doctrina que la administración desleal constituye hoy en día la forma delictiva paradigma del tiempo en el que vivimos. En general, se afirma que la administración desleal es el delito económico por excelencia de nuestro tiempo y que la administración desleal de los órganos societarios constituye su máxima expresión². El delito de administración desleal ha alcanzado pronto un lugar de primacía entre los delitos que se aglutinan en

¹ En el trabajo se hace referencia a los supuestos en los que interviene como autor del delito el órgano de administración de una sociedad. Sin embargo, la idea no está en entender que existen dos tipos penales diferenciados en el art. 252 CP, debe rechazarse esta posibilidad. Lo que sucede es que en el ámbito de aplicación de la administración desleal existen diferentes grupos de supuestos. Nosotros queremos estudiar y desarrollar criterios de interpretación no sólo para aquellos supuestos en los que el titular del patrimonio administrado sea una sociedad de capitales, una persona jurídica: el sujeto activo del delito en este tipo de casos, puede ser únicamente el órgano de administración de aquella sociedad mercantil. Por nuestra parte señalaremos que la investigación tiene como finalidad construir criterios válidos de interpretación para la imputación de toda persona que ostente facultades de administración de un patrimonio ajeno. Desde esta perspectiva, el título de la tesis no es sólo un indicio de esta finalidad abarcadora, sino que constituye el criterio que ha servido de soporte para realizar toda la interpretación.

² SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en *La administración desleal de los órganos societarios*, P., Ed. ARA, edits. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., GARCÍA CAVERO, Lima, 2010, pág. 15.

torno a la realidad económico-societaria³, constituyéndose en el comportamiento típico más relevante⁴.

Pero, ¿cómo se explica lo contundente de estas afirmaciones?, o ¿qué es lo que ha hecho posible que se considere a esta forma delictiva como una de las más relevantes? La importancia de la administración desleal y de su estudio es una cuestión que se encuentra fuera de toda duda⁵, porque la administración desleal responde a una situación normativa paradigmática: el titular del patrimonio y quien lo administra, serán siempre ámbitos de organización diferenciados. Este condicionamiento fáctico-normativo ha permitido vislumbrar que en las relaciones que se dan entre estos concretos y diferenciados ámbitos de organización, es necesario establecer límites normativos que aseguren que confiar el patrimonio propio a un tercero distinto, es una actividad que se enmarca en el ámbito de los riesgos o peligros permitidos o mejor, en los riesgos o peligros que se encuentran de algún modo, normativamente asegurados y controlados.

Ahora, esto no es un asunto que deba ser observado desde una sola vía o perspectiva: protección del capital y de los inversionistas; también es preciso que se estructure la imputación penal en relación a criterios lícitos y adecuados (imputación objetiva), que permitan asegurar la vigencia del principio de legalidad y de las garantías básicas en un Estado democrático y de derechos que devienen de la vigencia de la Constitución española y de un Código penal coherente con aquella. Esta es precisamente la premisa de la que hemos partido para realizar toda la investigación: estructurar una imputación penal en el ámbito de la administración desleal que se adecúe al principio de legalidad. Porque fuera de toda duda está la necesaria vigencia de la protección penal del patrimonio y en función de esta, también, la protección de la garantía de la

³ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, quinta edición, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., Navarra, 2005, pág. 917.

⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos societarios», en *Compendio de Derecho penal*, Ed. Ramón Areces, vol. II., dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 1998, pág. 587.

⁵ Los importantes casos judicializados en esta materia en España, Alemania, Estados Unidos, etc., y en general, alrededor del mundo son una prueba fehaciente.

libertad económica, que se realiza mediante la vigencia normativa y la aplicación cuando sea necesario, del art. 252 CP.

Por eso, como se podrá observar, la explicación y exposición de los diferentes problemas y sus soluciones han tenido no sólo un orden lógico en función del nivel de abstracción-concreción del texto de la norma y sus elementos fundamentales, sino también una relación respecto de la coherencia normativa que se debe exigir para fundamentar e interpretar un determinado tipo penal buscando coherencia con el principio de legalidad. En este sentido, lo primero que hemos expuesto han sido los criterios que legitiman la administración desleal. Después ya en relación al contenido de la prohibición, hemos desarrollado la exposición de la política criminal que ha inspirado la tipificación de la administración desleal, esto lo hemos hecho de la mano de la explicación de la positivización del art. 252 CP. Luego ya en relación al texto punitivo, hemos determinado cuáles son los fundamentos materiales del injusto en la administración desleal, para después determinar qué es lo que protege este concreto delito. Para al final, exponer una interpretación de cada elemento de la tipicidad objetiva, en coherencia con los resultados alcanzados en los capítulos previos. Hemos ido desde la política criminal, pasando por la fundamentación típica, para llegar a la interpretación del precepto. Finalmente, en relación a todas las objeciones y todas las propuestas de reforma legislativa que en esta materia hemos realizado a lo largo de la investigación, se presenta como propuesta de *lege ferenda*, un “nuevo” tipo penal de administración desleal.

CAPÍTULO PRIMERO

JUSTIFICACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DESDE EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

CAPÍTULO PRIMERO

JUSTIFICACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DESDE EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO

El objeto de este trabajo es el estudio del tipo penal de administración desleal⁶. En la introducción hemos adelantado el por qué escoger el estudio de esta cuestión, al afirmar que consideramos junto con gran parte de la doctrina que la administración desleal y en concreto, la operada por el órgano de administración, constituye hoy en día la forma delictiva paradigma del tiempo en el que vivimos. SCHÜNEMANN afirma que la administración desleal es el delito económico por excelencia de nuestro tiempo y que la administración desleal de los órganos societarios constituye su máxima expresión⁷. Esta manifestación adquiere trascendencia y valor justificativo para nuestra investigación (y para esta parte de aquella en especial), por cuanto, a pesar de la ubicación sistemática del delito de administración desleal entre los delitos que tradicionalmente se ha sostenido atentan contra el patrimonio, y a pesar de

⁶ Haremos una especial referencia a los supuestos en los que interviene el órgano de administración de una persona jurídica, por ser los supuestos que mayor lesividad encierran, porque en determinados casos, se ataca al patrimonio y las repercusiones de este ataque representa también un perjuicio de intereses respecto de muchos otros ámbitos de organización. Sin dejar de mencionar las repercusiones mediáticas que estos casos tienen en la comunidad, porque en general, constituyen verdaderos ejemplos de comportamientos que dañan la confianza en las instituciones de un país. Además, en este ámbito, las relaciones jurídicas previas se encuentran normativizadas y desarrolladas a tal extremo, que su entendimiento ayudará a comprender el fenómeno de la administración desleal en su conjunto.

⁷ SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 15.

ser un delito patrimonial⁸, el delito de administración desleal es ante todo, por su naturaleza, un delito económico y en este sentido, protegería (de manera mediata) aquello que se protege en esta clase de delitos⁹. Por esta razón, en este capítulo, la finalidad es averiguar cuáles son los criterios materiales generales que justifican la persecución penal de la administración desleal desde los presupuestos del Derecho penal económico. Razón por la que en los apartados que a continuación se desarrollan expondremos qué son los delitos económicos, qué protegen, bajo qué presupuestos se encuentran legitimados y cuál es el punto de contacto de legitimación respecto de la administración desleal. Lo mismo haremos respecto de los delitos societarios, más aún cuando debemos recordar que en el ámbito de nuestra investigación, antecedente legislativo inmediato anterior del art. 252 CP, lo constituye tanto el antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero como el suprimido art. 295 CP, que prohibía la administración desleal específicamente societaria.

Antes de analizar los problemas de la fundamentación y justificación del empleo del Derecho penal en el ámbito socioeconómico, conviene exponer, aunque sea brevemente, la investigación de la Criminología acerca de este fenómeno, que aun partiendo de bases diferentes al Derecho penal y pretendiendo finalidades también diversas, fueron los primeros en poner de manifiesto la existencia de los delitos económicos. Estudio que hoy sigue siendo relevante, ya que no puede olvidarse el origen de la atención dedicada por la Criminología a los llamados delitos de cuello blanco, ni tampoco la finalidad que con ello se pretendía conseguir, que no era otra que demostrar, entre otros extremos, que la delincuencia se repartía por igual entre las diversas clases sociales, no siendo “*patrimonio*” de sectores más o menos marginales de la sociedad. Nuestro objetivo es el análisis de la realidad jurídica, de la norma jurídico-penal, pero no debemos olvidar que esa realidad jurídica debe responder a necesidades de protección sociales, y que la puesta de manifiesto

⁸ Revisar el capítulo sobre el bien jurídico, en el que se concluye que el patrimonio es el objeto jurídico de protección del art. 252 CP y, por tanto, en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, se protegería el patrimonio social.

⁹ Revisar en este capítulo, el apartado sobre el bien jurídico en los delitos socioeconómicos.

de las conclusiones a las que en su momento llegó la Criminología pueden ayudar a entender algunas cuestiones¹⁰. Culminaremos el tratamiento de estos apartados, con una referencia a la situación jurídica actual que nosotros consideramos ha condicionado la necesidad de protección jurídico-penal del patrimonio mediante la administración desleal, entre el que se incluye la protección del patrimonio social, sin que eso signifique que la tipificación genérica del art. 252 CP sea incorrecta, porque no existe justificación político-criminal para no proteger todos los demás patrimonios ajenos que fueron confiados en administración a un tercero, quien es precisamente el que realiza los ataques al mismo¹¹. Esto tampoco es óbice u obstáculo para criticar que se pudieron haber determinado de mejor manera los caracteres estructurales de la tipicidad y/o para exigir de *lege ferenda* una reforma de la ley en ese sentido¹².

¹⁰ El libro de EDWIN SUTHERLAND, constituye el referente necesario y primordial a este respecto. SUTHERLAND, E: *El delito de cuello blanco*, Ed. B de F, trad. BOLLOQUI, L., Buenos Aires, 2009.

¹¹ La doctrina había puesto de manifiesto la necesidad de creación de un tipo penal genérico de administración desleal, por ejemplo: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)», en *EPCr*, Proyecto de investigación Delitos económicos, dir. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Universidad de la Coruña, vol. XVII, Santiago de Compostela, 1994, pág. 340 y ss. Este autor afirma que aceptada la necesidad dogmática de crear un tipo de administración patrimonial desleal que protegería el patrimonio y no la propiedad, no existe justificación para prohibir sólo los comportamientos que aparecen en el ámbito societario y de este modo, dejar impunes los comportamientos desleales en los que el titular del patrimonio no sea una sociedad. En el mismo sentido se pronunció BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la UAM del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005, pág. 400 y ss., quien incluso propuso de *lege ferenda*, un tipo penal concreto. El texto de la propuesta era el siguiente: “Art. X. El que [...] en el ejercicio de poderes de representación provenientes de la Ley, de un negocio jurídico u otorgados por autoridad competente, obligue patrimonialmente a su representado frente a terceros en forma perjudicial por inobservancia de las limitaciones impuestas por su mandante, o que perjudique, en forma contraria al deber, el patrimonio cuya administración le ha sido confiada, será sancionado con la pena de...”. Hay que destacar, sin embargo, que este modelo de tipificación de la administración desleal, *prima facie*, protegería el patrimonio tan sólo de los ataques que se producen en la relación externa; sería un modelo del tipo de abuso del derecho penal (alemán). Una posición criticable porque sin justificación alguna, dejaría sin cobertura la protección del patrimonio de los ataques que se producen en la relación interna.

¹² Por ejemplo, exigir una adecuada determinación de los comportamientos típicos y de la definición del autor. Sobre este particular, revisar el capítulo de la tipicidad objetiva, en el que, ante la indeterminación del tipo sobre los comportamientos típicos y la definición del autor, se propone y proporciona para una correcta interpretación, criterios que justifican una interpretación histórico-normativa y del ordenamiento de referencia. Sobre la crítica de la indeterminación respecto de la administración desleal del parágrafo 266 StGB o CPA, TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico*, Parte General y Especial, trad. de la PG por:

II. REALIDAD QUE CONDICIONA EL SURGIMIENTO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

1. LA OBSERVACIÓN CRIMINOLÓGICA COMO PUNTO DE PARTIDA

Se puede afirmar que la delincuencia económica fue objeto de estudio primeramente de la Criminología, para luego pasar a ser objeto de la Ciencia penal y para al final, ser regulada en las diferentes legislaciones penales, entre las que cabe citar el ordenamiento español¹³. Si bien es cierto que la fundamentación jurídico penal y la criminológica no tienen relación (como

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., ALDONAY RAMÍREZ, R., ABANTO VÁZQUEZ, M., de la segunda edición alemana de 2007, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 210 y ss., quien centra la crítica de la indeterminación que se torna en un punto débil del tipo, de manera especial en los supuestos de administración desleal concerniente a miembros de órganos de una sociedad anónima o a administradores de una sociedad de responsabilidad limitada (administración desleal de órganos). Este autor resalta un texto de RANSIEK, A.: «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 116 (3), 2004, pág. 634 y ss., quien sostiene que el “§266 CP siempre cuadra. En el ámbito del Derecho penal económico sobre todo es ésta la norma que siempre resulta aplicable, con total independencia, además, de cuál sea la materia concreta de la que se trate. Sólo se requiere que exista un riesgo para un patrimonio ajeno ligado a la acción o la omisión de una persona”. TIEDEMANN, también destaca la posición (favorable) de quienes observan en la indeterminación o “apertura” típica del parágrafo 266 CPA, un punto imprescindible debido a su gran capacidad de adaptación a nuevos fenómenos, como, por ejemplo, la administración desleal del órgano de administración, lo que constituiría una ventaja por su “flexibilidad” típica. Sobre este último particular destaca la posición de SEIER, J.: «Untreue», en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, edit. ACHENBACH, H., RANSIEK, A., tercera edición, Ed. Müller, Heidelberg, pág. 606 y ss. También es interesante y esclarecedora la explicación que de la cuestión realiza NAUCKE, W.: *El concepto de delito económico-político*, Una aproximación, trad. y estudio preliminar, SARRABAYROUSE, E., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2015, pág. 87 y ss., quien señala que, mediante este tipo penal se permite la punición y castigo por administración desleal de los comportamientos realizados por personas influyentes del ámbito económico-financiero. Entonces el parágrafo 266 StGB sirve como límite para los hechos inalcanzables cometidos por quienes detentan el poder económico. En este sentido, los tribunales alemanes con gran habilidad jurídica redujeron las exigencias de certeza típica pasando de tipo “determinado” a tipo “determinable”. Lo que quiere decir que, se descubrió que el tipo de administración desleal a través de la interpretación se encuentra determinado y por tanto es constitucional.

¹³ Para GARCÍA CAVERO, P.: *Derecho penal económico*, Parte General, Ed. ARA, Lima, 2003, pág. 255-256, desde los años cuarenta del siglo pasado, la Criminología ha hecho de la delincuencia económica uno de sus temas favoritos de investigación, esto lo demuestran una serie de trabajos académicos empíricos que surgieron a partir de las aportaciones de SUTHERLAND. Sin embargo, pone de relieve que, antes de estas investigaciones existieron varios aportes. Por ejemplo, en 1872 EDWIN C. HILL, con su discurso sobre la «Criminalidad Capitalista», en *Congreso Internacional sobre la Prevención y Represión del Crimen*, celebrado en Londres, y EDWARD A. ROSS en 1907 con su trabajo intitulado *The criminaloid*, publicado en *The Atlantic Monthly*, pág. 44-50.

tarea que permita la elaboración y construcción de argumentos lógicos que conduzcan a una finalidad, a la resolución de un determinado problema) por lo distinto de los métodos y objetos¹⁴ de estudios de estas ciencias, sin embargo, se puede señalar que quien se ocupa del Derecho penal, tiene que conocer junto a las normas jurídico-penales y su interpretación, además, la criminalidad y el delito. Es decir, el aspecto práctico de la administración de justicia penal, no sólo para el adecuado empleo de las normas que componen el Derecho penal, sino también para las tareas de elaboración y de aplicación de las leyes¹⁵. La Criminología no debería ser descuidada en la medida que en algunos supuestos tiene un alto valor interpretativo¹⁶, sin que esto presuponga anteponer este criterio interpretativo a los que se utilizan en la propia ciencia jurídico-penal; deberá considerarse tan sólo como un criterio auxiliar en la interpretación¹⁷ de la norma penal. Lo importante está en observar que la realidad criminológica sí podría tener importantes repercusiones en el momento previo legislativo y en el momento de la ejecución penal, antes que en la interpretación legal de los tipos. En este sentido, en el ámbito de los delitos económicos, es fundamental

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 32-33. Para quien, sólo existe una ciencia del Derecho penal, la que tiene por objeto el conocimiento de ese conjunto de normas que define delitos e impone penas. La Criminología por su parte, estudia los hechos que son previstos por aquellas normas, considerados no desde el punto de vista jurídico, sino en cuanto suceso de la vida humana y social.

¹⁵ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 27.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método...*, *Ob. Cit.*, pág. 36. Esto es corroborado, por ejemplo, para los casos de asesinatos en serie, para cuya resolución e interpretación de los elementos del delito y en exclusiva del comportamiento, es muy importante la Criminología: preparación del perfil, *modus operandi*, estilo de vida, etc. Revisar, con amplia bibliografía y referencias, GRIFFITHS, D., SANDERS, A., and OTHERS: *Bioethics, Medicine and the Criminal Law: Medicine, Crime and Society*, Ed. Cambridge University Press, vol. 2, first published, Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sao Paulo-Delhi-Mexico City, 2013, pág. 28 y ss., *passim*. Aquí se pone de manifiesto que “*serial killing had been singled out as a particular kind of murdered as early as Tudor times, but it gained especial notoriety in the Victorian era as a crime with distinctive urban gendered and spatial characteristics. Today it is thought to be patterned by the routine activities of offenders' non-criminal daily routines -their travelling and working arrangements- which present them with repeated opportunities (temporally and spatially) for victim selection killing and disposal...*”.

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método...*, *Ob. Cit.*, pág. 44. Aquí se detallan los criterios de interpretación que primeramente se deben observar. Este autor refiere cuatro criterios clásicos de interpretación de las proposiciones jurídico-penales, a saber: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Al que se agrega un nuevo método que ha ganado terreno en nuestra ciencia, la interpretación teleológica.

recordar que el 28 de noviembre de 1939, en una conferencia magistral, SUTHERLAND pronunció por primera vez el término “*delito de cuello blanco*”¹⁸. Su tesis se oponía a las tradicionales que explicaban el delito en relación a la pobreza, desunión familiar, desviaciones sexuales, anomalías psíquicas¹⁹, en la medida que la Criminología, como ciencia social cuyo objeto consiste en explicar el origen y las causas del delito, hasta ese entonces, consideraba que los delitos eran el resultado de ciertos condicionamientos psicológicos y sociológicos, que unidos e interrelacionados a los mencionados y señalados factores²⁰ de incidencia (especialmente pobreza material y, marginación económica y social), de una u otra manera “*determinaban*”²¹ la conducta de los sujetos, de las personas capaces de delinquir, y de este modo, los arrastraba de manera indefectible a la “*desviación*”, a la comisión de delitos, en definitiva afirmando que el delincuente, es un ser humano que en

¹⁸ El texto de la conferencia fue posteriormente publicado por la Sociedad Americana de Sociología, SUTHERLAND, E.: «White-Collar Criminality», en *American Sociological Review*, vol. 5, febrero, 1940, pág. 1. Textualmente afirma: “*this paper is concerned with crime in relation to business. The economists are well acquainted with business methods but not accustomed to consider them from the point of view of crime; many sociologists are well acquainted with crime but not accustomed to consider it as expressed in business. This paper is an attempt to integrate these two bodies of knowledge. More accurately stated, it is a comparison of crime in the upper or white-collar class, composed of respectable or at least respected business and professional man, and crime in the lower class, composed of persons of low socioeconomic status. This comparison is made for the purpose of developing the theories of criminal behavior, not for the purpose of muckraking or of reforming anything except criminology*”.

¹⁹ BARBERO SANTOS, M.: «Prólogo», en *La reforma penal, Delitos socio-económicos*, Ed. Facultad de Derecho de la UCM, edit. BARBERO SANTOS, M., Madrid, 1985, pág. 15-16.

²⁰ GUTIÉRREZ ZARZA, M.: «Investigación y enjuiciamiento de los “*delitos de cuello blanco*” en el sistema judicial norteamericano», en *ADPCP*, t. L, Madrid, 2000, pág. 580.

²¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Criminología*, Ed. Porrúa, primera edición, Buenos Aires, 1979, pág. 209, 239, 241 y ss. Este autor recuerda que, el 15 de abril de 1876 se publica el *Tratado Antropológico Experimental del Hombre Delincuente*, Ed. Hoepli, Milán, de CESARE LOMBROSO (por esta razón, en general se expresa y acepta que es en esta fecha en que se da el nacimiento de la Criminología como ciencia). Para BODERO CALL, E.: *Teoría económica de la delincuencia*, El neoliberalismo como factor criminógeno, Ed. Ateneo Jurídico, Guayaquil, 2010, pág. 40 y ss., *passim*, cuando en Europa la revolución industrial entraba en crisis y la tasa criminal aumentaba de manera alarmante, era necesario encontrar una fórmula que sustituyera al libre albedrío como explicación de la criminalidad y de alguna manera, se exonerara de toda responsabilidad a los capitalistas, recién estrenados en la tarea de gobernar. EZECHIA MARCO LOMBROSO, conocido con el pseudónimo CESARE LOMBROSO, médico y criminólogo italiano, seducido por el positivismo (en las ciencias del espíritu y su aplicación a la sociedad en los trabajos de AUGUSTO COMTE), propuso una explicación al problema de la criminalidad sosteniendo que el delincuente era un anormal, un ser atávico, portador de características somáticas y psíquicas, fácilmente reconocibles y por ende fatalmente condenado a delinquir. En esta tesis, está el origen de las explicaciones ligadas a la naturaleza y psiquis del delincuente como causa que explica el delito.

unos supuestos nace así y en otros es un producto de la sociedad, condenado irremediablemente a delinquir.

SUTHERLAND, rechazando estas interpretaciones sostenía que muchos delitos que afectan a una colectividad, se cometen estando sus autores en perfecto estado mental y perteneciendo a los estratos sociales y económicos medio y alto²². Constató que las personas que pertenecen a la clase socioeconómica media y alta realizaban muchos hechos delictivos, y que la persecución de estos comportamientos difería del de aquellas personas de clase económica baja, no sólo por los procedimientos utilizados en el tratamiento de los delincuentes, que por demás estaban bastante suavizados y relajados, sino que incluso quedaban muchos delitos sin persecución y obviamente estos delincuentes en la impunidad. Señaló que en definitiva el “*white collar crime*” es el delito cometido por una persona respetable y de elevado estatus social, en el marco de su profesión²³. Lo que quería demostrar es que el delito se reparte por igual en los diferentes estratos sociales²⁴. Sin embargo, desde este momento inaugural en el que se inició el estudio de este tipo de comportamientos, no es

²² SUTHERLAND, E.: *El delito de cuello blanco...*, Ob. Cit., pág. 6 y ss.

²³ SUTHERLAND, E.: *El delito de cuello blanco...*, Ob. Cit., pág. 9.

²⁴ Hay que matizar que no es que se reparte el delito por igual en las diferentes clases sociales, lo que sucede es que la persona indiferentemente de su estatus económico y social, tiene en determinados momentos y circunstancias la oportunidad para cometer un delito. Se trate de un rico o de un pobre. El sujeto tiene la posibilidad de decidir sobre la realización de un delito. Por lo que se puede afirmar que esta decisión es personal y no depende de sus condicionamientos sociales, al menos no puede excusarse o exculparse en razón de sus condicionamientos sociales. Siempre que se superen los criterios de imputación objetiva habrá tipicidad. Es innegable que la falta de oportunidades constituye un factor detonante para la realización de ciertos actos delictivos, por lo que el aumento de las mismas es reconducible a una disminución de estos delitos y en general, a una reducción de la sensación de inseguridad y de alarma social. Además, es importante señalar que los delitos no constituyen en sí una realidad ontológica, sino que dependen de la concreta estructura de la sociedad y de los intereses culturales que en el momento se precisa preservar, para el mantenimiento de aquella. Es preciso señalar que esta opinión tiene como sustrato las garantías constitucionales como límites al ejercicio del *ius puniendi*. Indiferentemente de estas connotaciones, el delito es una decisión personal de realización de un comportamiento exterior, este es el fundamento para la imputación, fundamento que se ha mantenido invariable a lo largo de la historia. Sobre esta posición, MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. Reppertor, novena edición, Barcelona, 2011, pág. 183 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A., GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, segunda edición, Madrid, 2015, pág. 52 y ss. Estos autores se refieren a la cuestión, señalando que todas las conductas típicas del CP español son hechos exteriores y voluntarios, comportamientos exteriores y voluntarios.

sino hasta la década de los ochenta cuando se institucionaliza el concepto, en la medida en que el Departamento de Justicia norteamericano contaba ya con una definición legal para su investigación y persecución, además del establecimiento de un concreto programa que configuraba una estrategia a nivel federal²⁵.

En general, en el concierto jurídico mundial en el marco de la Ciencia penal, se produjo una amplia recepción de la investigación criminológica y los criterios propuestos por aquella, una vez definido el delito económico como aquel que es realizado por el delincuente de cuello blanco, es decir en función de su autor y de su profesión²⁶. Cabe expresar que esta definición ha sido aportada por la Criminología, sin que pueda aplicarse así en el ámbito del Derecho penal. En este sentido, muchos delitos se definen por las características del autor, aunque para la Ciencia penal esas características no son personales, es decir, que nos encontramos ante un Derecho penal de hechos y no de autor en el sentido que propusiera ERIK WOLF²⁷. Recordemos, por ejemplo, lo que afirma HERRERO HERRERO²⁸, cuando sostiene que no debe

²⁵ GUTIÉRREZ ZARZA, M.: «Investigación y enjuiciamiento...», *Ob. Cit.*, pág. 584.

²⁶ ALLER, G.: «White collar crime: EDWIN SUTHERLAND y “El delito de cuello blanco”», en *RdDPPP*, núm. 6, febrero de 2005, pág. 19. Para este autor, la expresión “white collar” fue utilizada por SUTHERLAND en el sentido del libro de ALFRED SLOAN (*Adventures of a White-Collar Man*, Ed. Boyden Sparkes, New York, 1941), en relación a los altos ejecutivos y hombres de negocios, a quienes denominaban “White-Collar Man”. Dato corroborado por el propio SUTHERLAND, quien hace una referencia directa a SLOAN quien fuera presidente de la General Motors.

²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, 1999, pág. 214 y ss. Aquí, se comenta un texto de WOLF (*Vom Wesen des Täters*, 1932, pág. 34 y ss.), uno de los autores más importantes para el Derecho penal de autor, para quien “según su esencia el autor [del delito] es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado”, en este sentido, todo “hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo complementa mediante una tipificación judicial del autor”. De este modo, para el Derecho penal de autor, los tipos tienen función de indicio o mera señal sobre la existencia de un delito, pero debe ser completado y verificado en función de la “tipificación judicial del autor”. Debe rechazarse esta postura por poner en serias dudas la vigencia de los principios del Derecho penal liberal y constitucional. En la nota preliminar que hiciera el traductor GUZMÁN DÁLBORA, J., de *Vom Wesen des Täters* (Sobre la esencia del autor, en *RECPC*, 2008, pág. 1), se señala que este texto “fue el discurso inaugural que pronunció WOLF el 12 de noviembre de 1931, al tomar posesión de la cátedra de Derecho penal en Friburgo de Brisgovia. Con algunas ampliaciones, lo publicó la editorial Mohr, de Tübinga, en 1932, como el octogésimo séptimo número de la colección «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart»”.

²⁸ HERRERO HERRERO, C.: *Los delitos económicos, Perspectiva jurídica y criminológica*, Ed. Ministerio del Interior Secretaria General Técnica, Madrid, 1992, pág. 47. Para este autor, es necesario

confundirse la delincuencia económica con el “*White collar crime*”, en este último el sujeto activo es alguien que ocupa un alto cargo en una empresa; o GONZÁLEZ RUS, cuando afirma que la delincuencia económica es un tipo de criminalidad caracterizada por la pertenencia del autor del delito a las clases económicamente más pudientes²⁹ y de los estratos sociales más acomodados³⁰. Hoy, sin embargo, en la literatura angloamericana³¹ al referirse a este tema se utiliza el término “*occupational crime*”, que se traduce por “*delito profesional*”. En este sentido, se afirma que la caracterización del delito económico se entiende ya no en relación a la respetabilidad del autor y su pertenencia a los estratos sociales altos, sino en función de los caracteres peculiares y propios del acto o comportamiento lesivo, su *modus operandi*³². Lo importante entonces, sería resaltar que en la evolución del entendimiento de esta clase de delincuencia y de delincuente, con el paso al Derecho penal, cada vez ha ido adquiriendo mayor importancia, no el “*estatus*” del autor en cuanto que aquel pertenece a una determinada clase social, sino por su “*rol*” (puesto o ubicación) dentro de la estructura de una empresa o su función en un

realizar primero una distinción entre una perspectiva jurídica y otra criminológica de delito socioeconómico. Para la primera, el delito socioeconómico es la infracción de una norma legal. El delito económico está estructurado de tres elementos: antijuridicidad, indicador de que un comportamiento está en contra de una norma; materialidad, comportamiento objetivo previsto; y, el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad del hecho a su autor. Por su parte, desde la criminología, el delito socioeconómico es una agresión prohibida o no por el ordenamiento jurídico, que pone en grave peligro los esquemas fundamentales de producción, distribución y consumo de los bienes de la sociedad, o que afecta a sus sistemas de financiación y de cambio. Ocasionando con aquel comportamiento el nacimiento de un daño directo y real, con la finalidad de enriquecimiento.

²⁹ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)», en *Sistema de Derecho penal español*, Parte Especial, Ed. Dykinson, coord. MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2011, pág. 412. Aunque cabe precisar que este autor agrega la relación entre infracción y actividad profesional, acercándose a la solución.

³⁰ Estos comentarios, tan solo son ilustrativos de la recepción por parte de la Ciencia penal de los resultados de la Criminología en el ámbito de la delincuencia económica. Por otra parte, en estos ejemplos se corrobora además que la doctrina no estaba clara en señalar una diferencia conceptual entre delincuencia de cuello blanco y económica. Aunque no es el objeto de esta investigación dilucidar si existe o no tal diferenciación, de manera indirecta llegaremos a una postura sobre la cuestión.

³¹ BLOUNT, E.: *Occupational crime: deterrence, investigation, and reporting in compliance with federal guidelines*, Ed. CRC Press, Florida, 2002, pág. 1. Aquí se puede leer: “*Occupational crime and other abusive employee behavior characterized by illegal, unethical and irresponsible acts*”.

³² TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 10.

determinado sistema, que en general estaría referido al ámbito de la economía de mercado y los subsistemas que lo componen, por ejemplo: el ámbito normativo societario, destacándose aquí, la función de la administración societaria. La repercusión de este entendimiento, por tanto, es fundamental respecto del delito de administración desleal, porque destaca en este tipo penal el hecho de que el ataque al patrimonio confiado en administración, se realiza con motivo de la infracción de las facultades que se otorgaron para realizar la tarea de administrar ese patrimonio. Se infringen las facultades de administración, abusando o excediéndose en el ejercicio de las mismas y como consecuencia se produce un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, el ataque tiene lugar porque el autor, el administrador, y no otra persona, tiene una especial posición jurídica (rol, función) que le impele a la protección y resguardo del bien jurídico cuya protección se debe respecto del titular del patrimonio administrado³³. En este momento parece claro que no puede discutirse la realidad, no sólo social sino jurídica de los denominados delitos económicos, recogidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural. Por ello, en lo que sigue nos aproximaremos a los motivos que llevan a su aparición, para analizar a continuación los criterios de su legitimación y, finalmente exponer y analizar el objeto concreto de esta parte del trabajo, que no es otro que el establecimiento y determinación de las razones político-criminales que justifican la persecución penal de la administración desleal y en el ámbito estudiado.

2. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL COMO RESPUESTA A LOS MODERNOS CARACTERES DE LA SOCIEDAD

En la compleja estructura de la sociedad actual destacan de manera preponderante dos caracteres fundamentales: el paradigma del riesgo y el carácter complejo de las estructuras sociales³⁴. El concepto de sociedad del

³³ Sobre la estructura típica, revisar el capítulo acerca de la tipicidad objetiva.

³⁴ ESCOBAR VÉLEZ, S.: *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 10, lo expresa señalando que la sociedad del riesgo se caracteriza por la

riesgo es un referente importante en este punto, y en la medida en que el mismo proviene de la sociología será necesario precisarlo a efectos de entenderlo en el contexto jurídico-penal³⁵. Revisemos brevemente cómo se caracteriza la sociedad del riesgo. Para BECK, en la sociedad del riesgo se destaca de manera radical el cambio de las cualidades y caracteres de la comunidad, y en función de aquello, establece una serie de diferencias entre las dos sociedades de la era moderna. Esquemáticamente señala que, en estos dos tipos de sociedades modernas, la sociedad de clases y la sociedad del riesgo, se abren paso sistemas axiológicos completamente distintos. La sociedad de clases queda referida en su dinámica de desarrollo al ideal de la igualdad, mientras que en la sociedad del riesgo existe un proyecto normativo distinto, la aspiración material que está en su base y que la estimula se encuentra referida a la seguridad. En lugar del sistema axiológico de la sociedad desigual (que informa el sistema en la sociedad de clases) aparece el sistema axiológico de la sociedad insegura (que actúa como fundamento de la sociedad del riesgo)³⁶. Además, por cuanto se

aparición de nuevos desarrollos científicos y tecnológicos, las nuevas amenazas que dichos desarrollos generan y la consecuente sensación social de inseguridad frente a los nuevos riesgos hasta el momento desconocidos o inexplorados.

³⁵ Sobre el tratamiento de esta cuestión en el ámbito jurídico-penal, entre otros muchos: ÍÑIGO CORROZA, M.: *Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 23-55; MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, 2001, pág. 68 y ss.; CAMPIONE, R., «El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la KOLLATERALSCHÄDENGESSELLSCHAFT», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Ed. Atelier, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P., RECASENS, A., 2003, pág. 11 y ss.; PRIETO NAVARRO, E.: «Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo», en *La seguridad en la sociedad del riesgo... Ob. Cit.*, pág. 36 y ss.; MENDOZA BUERGO, B.: «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», en *La seguridad en la sociedad del riesgo... Ob. Cit.*, pág. 67 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J.: «Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico», en *La seguridad en la sociedad del riesgo... Ob. Cit.*, pág. 91 y ss.; HEBBERECHT, P.: «Sociedad de riesgos y política de seguridad», en *La seguridad en la sociedad del riesgo... Ob. Cit.*, pág. 353 y ss.; RECASENS I BRUNET, A.: «Globalización, riesgo y seguridad: el continuóse de lo que alguien empezó», en *La seguridad en la sociedad del riesgo... Ob. Cit.*, pág. 365 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, segunda edición, Madrid, 2001, pág. 27 y ss.

³⁶ BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006, pág. 69 y ss. En el trabajo de este autor, «Retorno a la teoría de la «Sociedad del Riesgo»», en *Boletín de la AGE*, núm. 30, 2000, pág. 9 y ss., se elabora una síntesis acerca del concepto sociológico de riesgo y de sociedad del riesgo. Destaco varias cuestiones: 1) Se afirma que el riesgo no alude a daños acontecidos, pero, sin embargo, se destaca que los riesgos amenazan con la destrucción. Lo fundamental del concepto de riesgo está en que este empieza cuando la confianza en la seguridad termina, por lo que es la percepción cultural y la relación de definición en la época de riesgos

observa que no sólo el riesgo es el carácter imperante en la sociedad actual, sino también lo complejo de la estructura de las relaciones sociales y entre estas, destacan las del proceso económico, señalaremos que esta realidad, la compleja estructura de la sociedad, se presenta también, como una característica de la sociedad postindustrial, es decir: la impresionante interrelación en el orden causal con la correlativa dificultad para lograr determinar y precisar, dónde y cómo se ha producido el resultado, con la consecuente imposibilidad de recurrir a las reglas de la causalidad natural³⁷ para explicar y resolver satisfactoriamente el problema³⁸. Esta cuestión en el

culturalmente definidos lo que constituye el riesgo; 2) Se sostiene que el concepto de riesgo invierte la relación entre pasado, presente y futuro. En este sentido, el pasado pierde su poder para determinar el presente, porque el lugar que ocupa como causa de la experiencia presente es ocupado por el futuro. La cuestión se centra en relación a lo que no sucede pero que podría ocurrir si el comportamiento o los comportamientos siguen el mismo curso; 3) Los juicios sobre el riesgo no son ni sólo fácticos ni sólo de valor, sino ambos al mismo tiempo. Se trata de un híbrido de evaluaciones en el dominio intermedio de la realidad virtual y el futuro inexistente que activa la acción presente en términos de seguridad frente a estos riesgos futuros; 4) Los riesgos y la percepción de los riesgos son consecuencias involuntarias de la lógica de control que impera en la modernidad; 5) El concepto de riesgo asociado a la sociedad del riesgo y a la incertidumbre manufacturada, alude a una peculiar síntesis de conocimiento e inconsciencia. Una suerte de combinación de la evaluación del riesgo basada en el conocimiento empírico (los accidentes de tráfico, por ejemplo), y, por otra, la toma de decisiones y la actuación frente al riesgo en una incertidumbre indefinida, esto es lo que se denomina indeterminación; 6) La antítesis de lo global y lo local se difumina por el concepto de riesgo, porque las nuevas clases de riesgos son a un mismo tiempo locales y globales, piénsese en los riesgos medioambientales. Esto ha alumbrado una nueva terminología para expresar estos hechos, referidos a lo que es "glocal"; 7) Los riesgos son al mismo tiempo reales y conformados por la percepción y construcción social, por tanto, es fundamental lograr la distinción entre conocimiento, impacto latente y consecuencias sintomáticas; y, 8) El riesgo o la sociedad del riesgo ha alumbrado un mundo híbrido "hecho-por-el-hombre" que ha perdido el dualismo entre naturaleza y cultura. Son fundamentales para entender el pensamiento de este autor, sus obras: *Las políticas ecológicas en la edad del riesgo*, Ed. Roure, Barcelona, 1998; y, *La sociedad del riesgo global*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 2002.

³⁷ SCHÜNEMANN, B.: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Ed. Universidad Externado de Colombia, trad. CANCIO MELIÁ, M., Bogotá, 1996, pág. 30; el mismo trabajo, está publicado en ADPCP, t. IXL, fasc./mes 1, 1996, pág. 199. Textualmente, "es característico de la sociedad industrial actual la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia".

³⁸ La moderna realidad empresarial ha traído consigo también una moderna criminalidad empresarial en la que destaca que los principios organizacionales (división del trabajo, especialización, complementariedad y jerarquía) que rigen a las empresas, dificultan la labor de imputación personal por la comisión de un delito. Sobre esta idea de manera insistente se pronuncia la doctrina, entre otros: GRACIA MARTÍN, L.: «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, pág. 411 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: «¿Cómo

ámbito empresarial o societario, es paradigmática respecto de la responsabilidad penal por el producto³⁹. Lo importante está en observar que los administradores de una sociedad mercantil responden jurídico-penalmente por los actos propios, la cuestión está en que en determinados supuestos son propios también los actos de terceros⁴⁰ situados en el mismo nivel jerárquico, v. gr., los supuestos de administración desleal en el marco de un órgano colegiado, y los actos de terceros situados en diferente nivel jerárquico, v. gr., los comportamientos de terceros subordinados. Por lo que la compleja estructura de las organizaciones empresariales, es también una realidad que repercute en la configuración de la administración desleal.

De estas cuestiones, lo que nos interesa radica en que para la observación sociológica, es imperioso y necesario poner de manifiesto la

imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?», en *Modernas tendencias...*, Ob. Cit., pág. 502 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, Ed. J. M. Bosch, coord. SCHÜNEMANN, B., DE FIGUEIREDO DIAS, J., edición española a cargo de SILVA SÁNCHEZ, J., Barcelona, 1995, pág. 368 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en *ADPCP*, trad. SPÍNOLA TÁRTALO, B., SACHER, M., vol. LV, 2002, pág. 9 y ss.; MEINI MÉNDEZ, I.: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 36 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Parte General, tercera edición, Valencia, 2011, pág. 458 y ss.

³⁹ Sobre el tratamiento de la cuestión, HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Este trabajo es interesante, porque se estudia esta realidad normativa (tanto en España como en Alemania) y se propone una estructura que la haga viable; RODRÍGUEZ MONTANÉS, T.: «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Ed. Iustel, dir. BOIX REIG, J., BERNARDI, A., coord. CAMPOS CRISTÓBAL, R., Madrid, 2005, pág. 115 y ss., quien elabora un concepto o definición de este tipo de responsabilidad. Por su parte, JUANATEY DORADO, C.: «Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores...*, Ob. Cit., pág. 136 y ss., trabaja sobre la construcción de la posición de garante del productor o fabricante. Una puesta al día de la cuestión, ESCOBAR VÉLEZ, S.: *La responsabilidad penal por productos defectuosos...*, Ob. Cit., pág. 21 y ss., quien la define (pág. 12) como aquella que recae sobre los productores o distribuidores de bienes de consumo y de uso, respecto de las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos esenciales de los consumidores o usuarios, derivadas de la normal utilización del producto.

⁴⁰ La construcción de la posición de garante y la punición de la administración desleal en comisión por omisión, son cuestiones fundamentales para resolver esta problemática. Revisar estas cuestiones en el capítulo sobre la tipicidad objetiva.

existencia de un conjunto de peligros o riesgos arquetípicos⁴¹ del período actual de modernización de las sociedades; riesgos o amenazas de daño, e incluso daños, que nacen y son consecuencia de las decisiones tomadas por la persona, sea esta una persona física (un ser humano) o una persona no física (una empresa⁴²), en muchos casos de manera irresponsable (comportamientos a los que no se han anudado la imposición de una pena o sanción) que han producido y producirán deterioros irreversibles en la naturaleza y/o en la sociedad. En el ámbito societario, además, el discurso sobre estos daños es predicable respecto de todo tipo de empresa, porque los ataques se observan no sólo físicamente en la naturaleza, sino que sobre todo se pueden observar a nivel comunicativo en la sociedad, porque se contrarían las normas en las que se fundamenta aquella. Por lo que el Derecho penal⁴³ surgiría como un mecanismo de defensa y de

⁴¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.: «Sociedad del riesgo y Derecho penal», en *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. ARA Editores, coord. REYNA ALFARO, L., Lima, 2005, pág. 159 y ss. Quien afirma que, la extensión de los riesgos se da en un doble frente: individual y mundial, en el primero, el sujeto vive inmerso en situaciones de riesgo para su salud y su vida generadas por las decisiones de terceros; en el segundo, el riesgo se globaliza y desaparecen las fronteras y los Estados frente al enorme potencial destructor del riesgo.

⁴² En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Ed. Reus, Madrid, 2007, pág. 72-73, se expresa sobre la forma en que se articula el comportamiento de la persona jurídica, de lo que se infiere que, en el seno de una empresa los “daños” se pueden concretar en los siguientes supuestos de infracción de los deberes a los que se encuentran obligados los órganos de administración, entre los que cabe citar de manera preponderante el deber de lealtad: a) el administrador de una sociedad, que no evita que los comportamientos que realiza dentro de su ámbito de organización, resulten perjudiciales para otros; b) el administrador de una sociedad, que infringe el deber de preocuparse de que los comportamientos que realiza en su ámbito de organización no impliquen peligros para otros ámbitos de organización; y, c) el administrador de una sociedad, que en los supuestos de injerencia (de manera preponderante, en las operaciones de alto riesgo) que contengan en sí un peligro para el disfrute de la libertad o de bienes en otros ámbitos de organización, infringe el deber de preocuparse de que se eviten las consecuencias de esos peligros, configurados por los comportamientos desplegados en su ámbito de organización, así como impedir que se produzcan esos perjuicios. Situación que acontece, en definitiva, en el ámbito de las relaciones del proceso productivo de manera preponderante.

De esto se deduce el surgimiento de deberes de aseguramiento del propio ámbito de organización, cuando los deberes de aseguramiento no son reconducibles a una óptima solución en la protección del ámbito de organización ajeno, se hace necesaria la incorporación de deberes de salvamento del ámbito de organización que se haya visto afectado.

⁴³ En sentido favorable, KINDHÄUSER, U.: «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», en *InDret*, trad. PASTOR, N., Barcelona, 2009, pág. 4, para quien, el único instrumento que tiene la posibilidad de relacionar y valorar las ventajas y desventajas de correr riesgos, y en este sentido, de conducirlos por cauces adecuados es el Derecho, por lo que no

prevención ante esas graves e inminentes consecuencias altamente lesivas⁴⁴. Es decir, se convierte en un instrumento útil para contrarrestar estos nuevos riesgos⁴⁵. Esto no debe hacernos perder de vista el hecho de que, en muchas ocasiones, el discurso de los nuevos riesgos, ha propiciado que se pase del criterio de protección del bien jurídico entendido como límite, hasta la consideración de este concepto, el de bien jurídico, como mandato de criminalización, lo que ha venido condicionado por la extralimitación de la idea de prevención o contención (de los nuevos riesgos). Por lo que se puede afirmar

resulta extraño que se invoque al Derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método...*, Ob. Cit., pág. 28. No debemos olvidarnos que estas intromisiones deberán ser justificadas más aún si se acepta el carácter de última instancia o última ratio del Derecho penal. Sobre la discusión, JIMÉNEZ DÍAZ, M.: «Sociedad del riesgo e intervención penal», en *RECPC*, 16-08, 2014, pág. 6, afirma que las respuestas doctrinales pueden ser agrupadas en relación a dos tesis contrapuestas: las tendencias modernizadoras y las tendencias de resistencia a la modernización (resistencia garantista o tendencias reduccionistas). En esta última opción, destacan varios autores, entre los que cabe contar a HASSEMER («Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», en *ADPCP*, trad. LARRAURI, E., t. XLV, 1992, pág. 235 y ss.; «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado*, Ed. Editorial Jurídica Conosur, dir. BUSTOS RAMÍREZ, trad. LARRAURI, E., Santiago, 1995, pág. 23 y ss.; «Viejo y nuevo Derecho penal», en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Ed. Temis, trad. MUÑOZ CONDE, F., DÍAZ PITA, M., Bogotá, 1999, pág. 15 y ss.), BARATTA («Principios de Derecho penal mínimo», en *Criminología y sistema penal* (Compilación in memoriam), Ed. B de F, trad. LENZI, B., Buenos Aires, 2004, pág. 299), FERRAJOLI (*Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., RUIZ MIGUEL, A., BAYÓN MOHINO, J., TERRADILLOS BASOCO, J., CANTARERO BANDRÉS, Madrid, 1995, pág. 474 y ss.), SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, tercera edición, 2011, pág. 121 y ss.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ («Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del 'Big Crunch' en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003, núm. 7, pág. 964 y ss.) entre otros. Entre los partidarios de la tendencia modernizadora encontramos a SCHÜNEMANN («Consideraciones críticas sobre la situación espiritual...», Ob. Cit., pág. 189 y ss.), GRACIA MARTÍN (*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 208 y ss.; «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, Ed. Tirant lo Blanch, t. I, Valencia, 2009, pág. 882 y ss.) y CORCOY BIDASOLO (*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 188 y ss.; «Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo», en *Derecho penal del siglo XXI*, Ed. CDJ, Madrid, 2008, pág. 363 y ss.; «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, núm. 8, 2012, pág. 45 y ss.) entre otros.

⁴⁵ MERINO HERRERA, J.: *Política Criminal y Delincuencia Organizada*, Especial consideración del fenómeno terrorista, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2010, pág. 20-28. Una fundamentación parecida respecto de un problema distinto.

que, en algunos casos, se utiliza el Derecho penal como *prima ratio* y no como *ultima ratio*, lo que debe ser rechazado⁴⁶. Por eso, es de radical importancia señalar que sólo desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos necesitados de la protección de la ley penal, se justifica el discurso de la ampliación (expansión, modernización) del Derecho penal. Si se parte de la premisa de que el Derecho penal es un instrumento normativo para la protección de bienes jurídicos especialmente importantes, señalaremos que la expansión del mismo debería obedecer al surgimiento de nuevos bienes jurídicos; o a nuevas valoraciones de intereses pre-existentes que condicionan su incorporación a la normativa penal⁴⁷ y que se encuentran amenazados en función de estos nuevos riesgos; o a la nueva interpretación de los tipos penales (existentes o tradicionales) en función de la moderna configuración de la sociedad.

En este último caso, cabría encuadrar los comportamientos de administración desleal. Porque la administración desleal es un tipo penal que históricamente fue pensado para la protección del patrimonio ajeno sin que se hubiera previsto la relevancia que iba a tener respecto de los comportamientos que acaecen en ámbitos previamente regulados⁴⁸. Sin embargo, se podría también calificar la administración desleal como tipificación moderna, porque aparece con la LO 1/2015 de 30 de marzo en el ordenamiento español un tipo de administración desleal con los caracteres que ese tipo penal posee: la prohibición de la administración desleal de patrimonios ajenos, que no limita la prohibición y la protección respecto de unos concretos titulares del patrimonio⁴⁹. Por lo que es importante advertir, que el legislador español sí que ha pensado en esta realidad jurídico-social a la vez antigua y moderna, como

⁴⁶ Lo pone de relieve HASSEMER, en HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 22 y ss.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal*, segunda edición, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pág. 11.

⁴⁸ La excepción en el ordenamiento español lo constituyó el suprimido art. 295 CP, un tipo penal de administración desleal específicamente societaria.

⁴⁹ Revisar sobre esta cuestión en el capítulo sobre la explicación de la positivización de la administración desleal.

se corrobora en el Preámbulo de la referida ley en el apartado núm. XV⁵⁰. En este sentido, se observa que la moderna estructura de la sociedad, ha condicionado también la aparición de un moderno andamiaje jurídico en el ámbito mercantil-societario, que suscita a su vez, nuevas exigencias de protección del capital de los nuevos riesgos que aparecen con ocasión de la actual estructura de la sociedad. Por lo que, con el objeto de proteger los intereses frente a estos (nuevos) riesgos, entre los que se incluyen los ataques al patrimonio por la infracción de los deberes que ostenta quien recibió las facultades para administrar (y proteger) un patrimonio ajeno, el legislador ha recurrido al Derecho penal. Por tanto, esta protección del patrimonio se ve afectada tanto por las nuevas estructuras normativas (moderno régimen jurídico de las sociedades)⁵¹ como por las nuevas (y modernas) estructuras empresariales que repercuten en las formas de la organización (división del trabajo, especialización, complementariedad y jerarquía)⁵². En resumen, se puede señalar que la continua expansión⁵³ de los comportamientos penalmente relevantes es una realidad jurídica que no se puede negar, lo discutido es si esta expansión del ordenamiento jurídico-penal está justificada; ya sea que se

⁵⁰ Aquí de manera expresa se señala que por medio de este *“delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad”*. Continúa el legislador afirmando que se protege el patrimonio de aquel *“que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad”*, aquí caben sin discusión los comportamientos desleales del órgano de administración de una sociedad. Además, se señala que esto revela que la sanción radica en *“las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado”*. Esta última referencia es parte del articulado del TRLSC.

⁵¹ Sobre la cuestión y respecto de la administración desleal, en relación al buen gobierno corporativo, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 193-196.

⁵² PAREDES CASTAÑÓN, J., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 142 y ss.

⁵³ Sobre las causas de esta expansión revisar, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal...*, Ob. Cit., tercera edición, pág. 11 y ss., para quien, junto a la aparición de nuevos riesgos, se encuentra la identificación de la sociedad mayoritaria y la víctima del delito, la influencia de organizaciones civiles independientes que tienen un papel social moralizante (ejemplo paradigmático son las ONG y entre estas las que realizan activismo para la protección del medio ambiente), la política socialdemócrata en Europa, etc.

realice mediante la creación de nuevos tipos penales⁵⁴ o mediante la interpretación de tipos penales antiguos⁵⁵. Precisamente, esa es la discusión que se plantea alrededor de los delitos socio-económicos, a continuación, los delimitaremos brevemente para una mejor comprensión, para luego desarrollar la referida cuestión.

⁵⁴ Por ejemplo, la administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP en España.

⁵⁵ Por ejemplo, la administración desleal en Alemania mediante el parágrafo 266 CPA o la administración desleal de dinero ajeno en el ordenamiento español, mediante la interpretación de la suprimida modalidad de distracción de dinero del antiguo art. 252 CP.

III. DELITOS SOCIOECONÓMICOS: CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN

Los delitos socioeconómicos constituyen la evidencia de la importancia que en el momento actual tienen estas nuevas formas de delincuencia, de ataques a intereses que hasta hace relativamente poco no se consideraban que debieran ser protegidos por el Derecho penal; por un importante sector de la doctrina se ha señalado la constante ampliación del ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento, consecuencia de una determinada política criminal que lleva a la protección de bienes jurídicos colectivos⁵⁶. Recordemos que sólo a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995, se introdujeron en España los denominados delitos contra el orden socioeconómico⁵⁷. Esto no significa, sin embargo, que el delito económico en sentido estricto, sea una realidad jurídica exclusivamente moderna, porque cabe contar entre estos delitos los tradicionales que protegen los intereses del Derecho económico privado (v. gr., estafa, apropiación indebida, administración desleal, etc.). Todo lo contrario, lo que sucede es que mediante los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, se puede realizar una conceptualización especialmente satisfactoria (de la mayoría) de los delitos económicos⁵⁸. Además, a partir de la reinterpretación típica en relación al nuevo ordenamiento económico, los tipos penales tradicionales (no nuevos) pueden incluir en su ámbito de aplicación, la realización de comportamientos típicos que comprometan inmediatamente el (mismo) interés jurídico del delito tradicional y, al mismo tiempo otros intereses supraindividuales tutelables, que surgen alrededor del (nuevo) ordenamiento económico. Estos otros intereses,

⁵⁶ Hay que matizar que existen determinados tipos penales tradicionales (o que no son nuevos), que en función de la nueva arquitectura social tienen en su ámbito de aplicación comportamientos que desde la perspectiva de las antiguas teorías que explicaban su razón de ser o su finalidad político-criminal no eran vislumbrados. Destaca, por ejemplo, el delito de administración desleal, un tipo penal que, en el entorno jurídico, v. gr., el ordenamiento penal alemán, cuenta con una larga tradición jurídica. Se puede decir lo mismo respecto de la estafa y de la receptación (blanqueo de capitales).

⁵⁷ GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código penal», en *Dogmática y Ley Penal*, LH al PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO, Ed. Marcial Pons, coords. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ZUGALDÍA ESPINAR, J., Madrid, 2004, pág. 951.

⁵⁸ TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PG y PE, pág. 58.

son nuevos intereses cuya protección se realiza de manera mediata. La realidad jurídica actual, por tanto, nos obliga a señalar que nos encontramos en un punto en el que se observa de manera indefectible la importancia de la delincuencia económica⁵⁹, en este sentido, y como una característica de la moderna política criminal, en el Derecho penal actual destaca la constante ampliación del propio ámbito de intervención en función de la protección de bienes jurídicos colectivos. Se critica que para conseguir esta protección sea necesario flexibilizar y/o reconfigurar el contenido y alcance de los principios generales del Derecho penal⁶⁰ (exigencia de determinación y verificación de un daño concreto y/o el establecimiento de una imputación individual) y en función de aquello, anticipar los límites de la intervención penal, lo que provocaría una disminución de las garantías materiales y formales de los sujetos a quienes se destina la prohibición penal⁶¹. Se ha sostenido incluso que la protección de los bienes jurídicos colectivos por parte del Derecho penal estaría haciendo temblar los cimientos garantistas que le caracterizaban⁶².

Por tanto, a pesar de la esgrimida trascendencia de los comportamientos y conductas que se presume agreden este concreto sector de la realidad jurídica,

⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, J., ACALE SÁNCHEZ, M.: *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Seminario Internacional de Derecho Penal, Ed. Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, pág. 15.

⁶⁰ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal...*, Ob. Cit., segunda edición, Ed. B de F, pág. 5, quien se refiere a la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal.

⁶¹ Esta idea de manera fundamental en HASSEMER, W.: *Crítica al Derecho penal de hoy*, Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, trad. ZIFFER, P., segunda edición 1998, primera reimpresión, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 59, quien afirma que esta idea se ha alejado de los tradicionales fines del Derecho penal, a saber: proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho. Sostiene que políticamente el Derecho penal, solamente puede ser utilizado en forma subsidiaria como ultima ratio, y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves. Sin embargo, nos encontramos ante un Derecho penal que en efecto ha superado la idea de irracional medida para la solución de los conflictos sociales, en la medida en que sus instrumentos de coacción serían desproporcionados y contraproducentes; debido al mandato de determinación sería muy poco flexible; debido al Derecho penal de hecho, quedaría fuera de una prevención efectiva; debido al principio de culpabilidad, estaría concentrado en las personas, en lugar de en las organizaciones o en las grandes situaciones.

⁶² SANTANA VEGA, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 25.

no es plausible aceptar una criminalización indiscriminada de las mismas, resulta imprescindible una fundamentación político-criminal y dogmática de su legitimación⁶³. Esta idea es fundamental respecto del delito de administración desleal, porque en su ámbito de aplicación se incluyen los comportamientos desleales del órgano de administración de una persona jurídica y en este sentido, se trata de justificar la intromisión del Derecho penal en uno de los ámbitos más importantes de las relaciones jurídicas modernas: la relación jurídico-societaria entre administrador y sociedad. De esta relación jurídica depende prácticamente el cotidiano desenvolvimiento de la sociedad (de personas) en su conjunto. Porque no se entiende la moderna configuración de la sociedad sin la presencia de la realidad societaria.

1. DEFINICIÓN Y BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS

En función del orden económico⁶⁴ como objeto de protección, se puede distinguir entre una concepción amplia y una concepción estricta de Derecho penal económico⁶⁵, que se explica por la necesidad de proteger intereses

⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, pág. 155.

⁶⁴ TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito...*, Ob. Cit., pág. 12. Para quien la expresión Derecho penal económico, se refiere al bien jurídico protegido, orden económico. Los delitos de este Derecho penal, lo son contra disposiciones legales que organizan y protegen la vida económica.

⁶⁵ TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pág. 31-33; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 19. Para quien en la doctrina existe amplio acuerdo sobre esta diferenciación, más sobre el alcance del concepto amplio no. Se afirma que, Derecho penal económico, es una expresión que no constituye evidencia de un Derecho penal distinto, sino una (simple) adjetivación fijada sobre la naturaleza del objeto que se trata de tutelar. De esta opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, cuarta edición, Valencia, 2014, pág. 77; en el mismo sentido, antes, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho penal. Parte general*, Ed. Civitas, primera edición 1976, Madrid, reimpresión de 1978, pág. 29. También, GALAIN PALERMO, P.: *Delitos económicos*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 100. Aunque, como afirma PÉREZ DEL VALLE, C.: «Introducción al Derecho penal económico», en *Curso de Derecho penal económico*, Ed. Marcial Pons, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Madrid, 1998, pág. 22, esto no significa tan sólo delimitar un sector de la parte especial del Derecho penal en función de un concreto objeto de protección, sino que implica el estudio particularizado de un sector de la criminalidad en el que concurren aspectos de índole especial que permiten justificar un tratamiento específico. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 12, citando a LIENDEMANN sostiene que, delito económico es aquel acto punible que se dirige contra el

individuales e intereses colectivos claramente diferenciados dentro de las relaciones que se estructuran con motivo del acontecer del proceso económico⁶⁶. Esta distinción se realiza en función de la protección de la economía de libre mercado o de la protección de la economía dirigida⁶⁷. Se distingue, por tanto, entre un concepto estricto y otro amplio en función de la realidad jurídica que se quiere proteger, si es sólo la intervención del Estado en la economía, o si abarca todo el proceso de producción. En este momento de la discusión doctrinal, la mayoría de los autores optan por la admisión de ambos conceptos. En sentido estricto, delito económico es la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país⁶⁸, concretado en los delitos contra la determinación de los precios, delitos monetarios, contrabando de mercancías, blanqueo de capitales, delito fiscal⁶⁹, etc. Si se otorga un ámbito mayor de protección al concepto de Derecho penal económico, ligado a la idea de considerar al Derecho económico como el

conjunto de la economía o contra ramas o elementos de la misma, funcionalmente relevantes, y señala que la radical diferencia entre estos y los delitos patrimoniales surge al constatar que los delitos económicos afectan a intereses colectivos o difusos.

⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 20. Aquí, destaca el concepto de criminalidad económica. Para BOTTKE, W.: «Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo...*, Ob. Cit., pág. 637, la “criminalidad económica” en sentido amplio, debe entenderse como comportamiento delictivo de personas que, en las unidades económicas de producción de bienes, distribución de bienes o prestación de otros servicios, poseen posiciones que posibilitan la delincuencia en relación a esas unidades económicas.

⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 20.

⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*, Ed. Ramón Areces, segunda edición, Madrid, 2010, pág. 12; QUINTERO OLIVARES, G.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Ed. Arazandi, dir. QUINTERO OLIVARES, G., novena edición, Navarra, 2011, pág. 613. Quien se muestra crítico con asignarle una extensión tan amplia al objeto jurídico de protección en los delitos económicos, para quien es, pretencioso y disparatado aseverar que estos comportamientos protegen “las reglas básicas del funcionamiento del mercado, cuando no del sistema económico”. Como afirma, AFTALIÓN, E.: *Derecho Penal Económico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 17 y ss., se trata de la infracción del Derecho económico. Este último autor, desde esta fecha propone una delimitación adecuada de lo que se debe considerar Derecho económico, definiéndolo como el instrumento al que recurren los legisladores para concretar en los hechos la política de intervencionismo en lo económico y social, constituye la expresión jurídica de esa política.

⁶⁹ BAJO, M., BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., pág. 13.

conjunto de normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, la fabricación y distribución de bienes económicos⁷⁰, afirmamos que en sentido amplio es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden socioeconómico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁷¹.

Cabe señalar que el Derecho penal económico constituye uno de los sectores de la parte especial en que se observa la dificultad de concretar y determinar adecuadamente el bien jurídico protegido⁷², no tanto porque no se sepa cuál es el objeto jurídico de protección, sino porque el mismo no se protege en su totalidad en las diferentes descripciones típicas. Según la práctica unanimitad de la doctrina, el orden socioeconómico no es el objeto jurídico de protección en ninguno de los delitos, es el objeto o bien jurídico mediato, o si se quiere la finalidad de la norma, pero no el objeto inmediato y directo. Precisamente ahí radica uno de los problemas: que el orden socioeconómico no se protege en su integridad en ninguno de estos delitos, y hay que concretar qué parcela es la que se protege en cada uno y si es sólo ese interés o también otro de naturaleza individual. El orden socioeconómico, concepto abstracto o de contornos difusos constituye en su acepción amplia, el objeto mediato⁷³ de protección de los delitos socioeconómicos⁷⁴. Por tanto, deberá ser concretado en cada figura delictiva. No se protege el orden económico en su totalidad, sino

⁷⁰ TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito...*, Ob. Cit., pág. 19.

⁷¹ BAJO, M., BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., pág. 14.

⁷² PEDRAZZI, C.: «El bien jurídico en los delitos económicos», en *La reforma...*, Ob. Cit., pág. 282.

⁷³ MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 71 y ss. Para quien, bienes jurídicos mediatos o intermedios o de referente individual pueden considerarse aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares y precisamente para que se verifique el ataque al supraindividual el legislador ha configurado la norma penal de tal manera que se requiera tan sólo la vulneración del bien jurídico mediato. Existe entre estos y aquellos una relación de complementariedad en la protección que el ordenamiento jurídico otorga a ambos bienes. La caracterización como bien jurídico mediato depende de la regulación concreta.

⁷⁴ VENTURA PÜSCHEL, A.: «Introducción a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho penal español*, Parte Especial II, Ed. Tirant lo Blanch, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., Valencia, 2011, pág. 57.

que se protegen parcelas de ese orden, por ejemplo, la función recaudatoria o el patrimonio de la hacienda pública⁷⁵.

En este sentido, el bien jurídico mediato protegido por los delitos socioeconómicos es el orden económico establecido en la Constitución en el artículo 38 CE, que garantiza la actividad interventora del Estado, así como la libertad de organización de los operadores en una economía de mercado⁷⁶. Este artículo, reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y establece el deber de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad con las exigencias de la economía general, y de conformidad a lo preceptuado en el art. 131 CE, también de la planificación estatal⁷⁷. Esta opción legislativa supone la lesión o puesta en peligro mediata de bienes jurídicos supraindividuales en el marco de las relaciones de la actividad económica en un sentido general y de manera particular en el ámbito de las relaciones que se desarrollan y realizan en la sociedad mercantil, especialmente en el de las sociedades de capital. Es preciso anotar que los delitos socioeconómicos también cubren los intereses patrimoniales personales de víctimas concretas, que experimentan daños de

⁷⁵ Por ejemplo, como señala BUSTOS RUBIO, M.: *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2015, pág. 82, el bien jurídico protegido por el delito de defraudación a la Seguridad Social, consiste en su función recaudatoria.

⁷⁶ En Derecho español, el orden económico escogido como criterio de protección adoptado por el legislador lo configura tanto la acepción amplia como la acepción estricta del concepto, revisar, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 412; en el mismo sentido, GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones...», *Ob. Cit.*, pág. 953. Otros autores afirman que se emplea prevalentemente en sentido amplio, por ejemplo, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Madrid, 1997, pág. 675. Ejemplo de la protección en sentido amplio, es la inclusión de las prohibiciones relativas a la libertad de competencia (como principio fundamentador de la economía de mercado referido a reglas que protegen no sólo a los agentes económicos del proceso de producción sino también a terceros como los consumidores y ciudadanos en general, etc.). La protección en sentido estricto, se realiza en los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social entre otros, revisar sobre esto último, BAZA DE LAFUENTE, M.: *El delito fiscal: particular referencia al artículo 305 del Código penal*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2003, pág. 99 y ss.; en un sentido distinto, sobre lo que protege el delito de defraudación a la seguridad social, BUSTOS RUBIO, M.: *La regularización en el delito...*, *Ob. Cit.*, pág. 82, para quien, el bien jurídico protegido por el delito de defraudación a la Seguridad Social, consiste en su función recaudatoria.

⁷⁷ GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones...», *Ob. Cit.*, pág. 952.

clara trascendencia económica⁷⁸. Por lo que, se deduce que no es posible establecer un solo bien jurídico para todos estos delitos. Es decir que cada uno de los tipos penales que integran los delitos socioeconómicos protege una realidad jurídica diferente, aunque todas ellas dentro de un determinado ámbito, en definitiva, el orden socioeconómico no es nunca el objeto inmediato de protección⁷⁹.

Lo que sí debe observar el legislador al construir los tipos y el intérprete al intentar legitimarlos, es verificar que la construcción satisfaga las exigencias constitucionales, y de este modo no rebase los límites que el ordenamiento económico constitucional determina⁸⁰. En efecto, tal y como hemos afirmado antes, el orden económico constitucional español tiene dos límites: a) el reconocimiento, respeto y protección de la economía social de mercado (sistema de libre empresa); y, b) el reconocimiento y obligación por parte del Estado de cumplir con las funciones fijadas en el propio texto constitucional, y que tienen relación con la consecución y protección de intereses generales (salud pública, medio ambiente, pleno empleo, política fiscal, planificación estatal, etc.). De este modo, los tipos penales estarán legitimados materialmente y en su extensión siempre que una conducta signifique un riesgo para alguno de esos límites constitucionales⁸¹. Tal y como hemos afirmado en líneas anteriores, la cuestión relativa a los bienes jurídicos protegidos en el ámbito del Derecho penal económico intenta resolver un

⁷⁸ MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Colex, coord. LAMARCA PÉREZ, C., Madrid, 2001, pág. 301.

⁷⁹ Como señala QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, Ed. Atelier, sexta edición, Barcelona, 2010, pág. 745, el indudable carácter patrimonial individual de algunos de estos comportamientos no es reconducible a un único objeto de protección, porque en efecto, presentan a su vez una dimensión que trasciende la esfera individual, esa significación pluriofensiva y colectiva es lo que convencionalmente se viene considerando como criterio aglutinador bajo la expresión de delitos socioeconómicos.

⁸⁰ El punto de partida, por tanto, no puede ser otro que determinar si cabe o no el interés concreto desde la perspectiva constitucional. En este sentido, es opinión prácticamente unánime afirmar que el orden socioeconómico está delimitado en sus límites mínimos, por la Constitución. Por todos, GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones...», *Ob. Cit.*, pág. 952.

⁸¹ GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones...», *Ob. Cit.*, pág. 953.

problema de legitimidad de los delitos que protegen el orden socioeconómico⁸². Es importante mencionar que el problema de la legitimidad tiene varios niveles de discusión. Uno material y uno formal. El material referido a si se debe proteger el bien jurídico que se concrete; y uno formal, no carente de repercusiones materiales, referido al problema de la técnica legislativa utilizada para tipificar el tipo penal. En el problema material incide de manera especial la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos⁸³.

Ante esto, adquiere relevancia la discusión sobre los criterios que justifican o no la protección jurídico-penal del orden económico y en este sentido, de bienes jurídicos colectivos, con la necesaria consecuencia práctica de anticipar las barreras de intervención punitiva a momentos de peligro del bien jurídico y no a la lesión. Si hay un bien jurídico colectivo puede existir un delito de peligro para él y de lesión para el interés individual. Es decir, las posturas que se muestran a favor o en contra de la necesidad de intervención penal específica en este ámbito, una discusión que afecta a la interpretación y aplicación del tipo penal estudiado, porque aunque el legislador no haya decidido configurar el tipo penal como un delito societario, es más, el legislador eliminó esta posibilidad mediante la supresión del art. 295 CP, esto no significa que no caben en el art. 252 CP los supuestos de administración desleal societaria, sino que para evitar redundancia y problemas interpretativos y de subsunción (curso de leyes), correctamente, se estableció la punición de la administración desleal de patrimonios ajenos. Entonces, esta discusión es perfectamente trasladable al ámbito de nuestra investigación, porque es importante responder sobre si es legítimo o no proteger mediatamente mediante el art. 252 CP, tanto la garantía del ejercicio de la libertad económica, como en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles y en ambos sentidos, la economía constitucionalizada por el art. 38 CE. A continuación, lo veremos,

⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos socioeconómicos», en *Diccionario de Derecho penal económico*, Ed. Iustel, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Madrid, 2008, pág. 143. En cada uno de los contenidos de los sentidos expuestos (estricto y amplio del concepto), que en definitiva determinan el ámbito de acción de esta parte del Derecho penal.

⁸³ Todas estas cuestiones serán tratadas en los siguientes apartados de este capítulo.

abriendo la discusión sobre si es legítimo o no proteger aquello que se protege mediante los delitos socioeconómicos, y también de manera mediata, mediante el delito del art. 252 CP.

2. CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN Y SU DIFERENCIACIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Las cuestiones que interesan y que conducen esta discusión se refieren a la “*legitimidad*” de esta concreta intromisión en la libertad de los ciudadanos y de las sociedades (empresas)⁸⁴; y la forma a través de la cual se decide realizarla, es decir, la “*técnica legislativa*” utilizada para efectuarla⁸⁵. Esta

⁸⁴ En este primer nivel, la cuestión se corresponde con las formas en que se concibe el Derecho penal, nos encontramos, por tanto, en el terreno del Derecho penal subjetivo, que establece cuál es la justificación, naturaleza y límites del poder estatal para la definición de los delitos y de las penas, y la naturaleza y límites del poder punitivo del Estado conferido por las normas jurídicas (COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 1999, pág. 59). Sobre esta materia, revisar: MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 42. Para este autor, el Derecho penal subjetivo, es el derecho del Estado de crear y aplicar el Derecho penal objetivo, es decir, crear y aplicar el conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia jurídica; ROXIN, C.: *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Civitas, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la segunda edición alemana y notas por: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 1997, pág. 51 y ss., para quien, el derecho del legislador, del Estado, a establecer penas, el *ius puniendi*, permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar; en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. PPU, cuarta edición, Barcelona, 1994, págs. 44 y 95, aclara que, el Derecho penal subjetivo es la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad y de perseguir su transgresión, el poder para el ejercicio de la violencia legítima; este concepto es completamente interdependiente del concepto de Derecho penal objetivo que se define como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o una medida de seguridad; por otro lado, LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, 2012, pág. 21, se manifiesta en contra de utilizar esta denominación por considerarla no muy conveniente por inducir a confusión, y prefiere la referencia al *ius puniendi* como potestad punitiva del Estado.

⁸⁵ En primer término, señalaremos que la cuestión de la legitimidad expone cuáles son los límites y circunstancias, bajo los que está justificado que el Estado pueda emplear el Derecho penal como reacción frente a un hecho determinado. MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 104 y ss. (acogiendo este criterio, LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 23), los enlaza alrededor de la concepción del Estado social y democrático de Derecho de conformidad al art. 1.1 CE, y los desarrolla en función de cada uno de los elementos que integran la fórmula establecida en el citado precepto. En efecto sostiene que: a) el principio de legalidad (exigencia

diferenciación será importante en el momento de la toma de postura a favor y/o de rechazo de las críticas deslegitimadoras. En primer lugar, dado el carácter fragmentario y de *ultima ratio* de este sector del ordenamiento jurídico, la intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida en que resulte necesaria para el mantenimiento de la organización política y económica establecida en la Constitución y en este sentido, se adecúe de manera irrestricta al principio de legalidad constitucional⁸⁶. Primero se decide el empleo de la ley penal, luego se legisla y entonces es cuando obliga el principio de legalidad penal, que debe tener coherencia con lo establecido en la Constitución. Debe a su vez mantener un carácter fragmentario, es decir, la reacción penal por parte del Estado se utilizará sólo frente a unos determinados y muy especiales comportamientos que atenten contra el ordenamiento jurídico o contra los intereses jurídicos protegidos por aquél, y no todos aquellos que en efecto lo contrarían⁸⁷.

Es decir, que el hecho será penalmente relevante en los casos en que sean puestas en cuestión normas sociales elementales⁸⁸ protectoras de bienes

de seguridad jurídica y garantía política) expresado formalmente mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta*, constituye la exigencia del Estado de Derecho; b) el principio de utilidad de la intervención penal, de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal y, de exclusiva protección de bienes jurídicos, constituyen los límites materiales (sobre esta cuestión, importante, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 95-96) al *ius puniendi* en un Estado social; y, c) el principio de humanidad de las penas, de culpabilidad, proporcionalidad y resocialización, constituyen la exigencia normativa básica en un Estado democrático.

⁸⁶ Hay que matizar la expresión señalando que no es una garantía en relación a todos los aspectos de la CE, sino a unos determinados y relacionados con la efectiva garantía de la convivencia democrática.

⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 95-96.

⁸⁸ STRATENWERTH, G.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. Arazandi, trad. CANCIO MELIÁ, M., SANCINETTI, M., Navarra, 2005, pág. 47 y 53. En la concreta cuestión que intenta dilucidar este trabajo de investigación, por considerar que la infracción de preceptos (de ordenación) que no protegen intereses elementales, o que lo hacen sólo de manera mediata, no tienen suficiente entidad para que adquiriera sentido su criminalización, se debe afirmar que los comportamientos que no ataquen directamente un bien jurídico (penal), no ameritan la protección de la ley penal. Esta forma de entender el problema implica aceptar que, la legitimación viene dada por el bien jurídico, luego se tipifica la forma de ataque que debe ser la más acorde con el principio de mínima intervención y fragmentariedad. Sobre la idea de criminalización, ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002, pág. 7 y ss., pone de relieve que la idea de criminalización debe ser entendida como un proceso selectivo, que se desarrolla en dos etapas, una primaria y otra secundaria. La "*criminalización primaria es el acto y el efecto de*

jurídicos⁸⁹. En la medida en que este principio posee un fundamento plural que hunde sus raíces en los tres elementos de la fórmula Estado social y democrático de Derecho⁹⁰, nos dedicaremos a verificar si desde esta perspectiva es legítima la intervención penal mediante la tipificación de los delitos socioeconómicos, en función de la realidad que condiciona su aparición, recordando además que el bien jurídico constituye el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma, antepuesto a todas las categorías del sistema penal⁹¹. Por tanto, en el apartado que sigue intentaremos aportar un desarrollo breve sobre la legitimación de esta concreta forma de intromisión por parte del *ius puniendi* del Estado en la libertad de acción de las

sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas, es un acto formal y programático, ejercido por las agencias políticas". Por otro lado, la "criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas". Tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria. Por lo que, dadas las drásticas consecuencias personales, no es baladí, bajo ningún concepto, la adecuada selección del bien jurídico que requiera la protección penal.

⁸⁹ Así, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 119 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 315 y ss.; por su parte, WELZEL, H.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. Jurídica de Chile, trad. BUSTOS RAMÍREZ, J., décimo primera edición, Santiago, 1970, pág. 11-15, atribuía al Derecho penal una función protectora mediata de bienes jurídicos, en la medida en que este tiene como misión fundamental "*proteger los valores elementales de la vida en comunidad, la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares*". Su distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado, implica que el Derecho penal reprobaría y desvaloraría una acción dirigida a un resultado reprobado indiferentemente de alcanzar o no el resultado, es decir, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto y así la protección de bienes jurídicos se cumple en la medida en que se prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos; en un sentido distinto, JAKOBS, G.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. Marcial Pons, segunda edición, trad. CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Madrid, 1997, pág. 44-45, para quien el Derecho penal se legitima formalmente con la aprobación de leyes penales, y materialmente, en la medida en que aquellas son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. Esta tarea se realiza a través de la garantía de las normas, en la medida en que las expectativas de comportamiento legalmente establecidas no se den por perdidas si resultan defraudadas, por tanto, se define que el bien a proteger lo constituye la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, un bien en sentido jurídico-penal.

⁹⁰ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 121.

⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, Ob. Cit., pág. 139.

personas, desde la perspectiva de este concreto principio rector y fundamentador de todo el andamiaje penal.

En segundo lugar, la “*técnica legislativa*” hace mención al problema de cómo se hace la ley penal, a diferencia de la “*legitimación*” que responde a la pregunta del por qué penar, así como bajo qué presupuestos se debe interpretar y aplicar el derecho positivo a los concretos supuestos para la determinación de la responsabilidad penal. La cuestión fundamental es aceptar o no como objeto de la Ciencia del Derecho en general y de la Ciencia del Derecho penal en particular, la solución del problema de cómo legislar, tomar como objeto de estudio el momento previo a la concreta positivización de la norma. PRIETO SANCHÍS⁹², señala que “*el entusiasmo revolucionario que había edificado un sistema de Derecho positivo por primera vez coincidente con la razón y la naturaleza no podía ser duradero. Tras el definitivo asentamiento del Estado liberal decimonónico, rebrota el voluntarismo y la nuda realidad del poder*”, ante esta situación, “*a la razón no le queda más refugio que la interpretación del Derecho, pues cada día parece más evidente que su creación es un problema de voluntad, de ideología o de formación espontánea y cosificada*”. Por este motivo, en general, el punto de partida de la actividad científica y el objeto de su estudio ha sido la ley como un producto ya acabado. Esto ha implicado no adelantar el momento de intervención de la ciencia a la fase de elaboración de la norma⁹³. Lo que condujo a un abandono rotundo por parte de los científicos del derecho de la explicación y fundamentación de los criterios que deben primar en el momento de elaboración de la ley.

Esta situación ha sido criticada, como afirma DÍEZ RIPOLLÉS: el encarcelamiento de la ciencia en la torre de marfil de la dogmática, ha traído como consecuencia que los encargados de confeccionar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a límites normativos

⁹² PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 27 y ss.

⁹³ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: «Argumentación y legislación», en *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, Ed. Tirant lo Blanch, coords. DÍEZ RIPOLLÉS, J., PRIETO DEL PINO, A., SOTO NAVARRO, S., Madrid, 2005, pág. 22.

dignos de consideración⁹⁴. Ahora, los motivos por los cuales, el científico del derecho ha escogido como finalidad principal de su actividad, acompañar en la tarea de interpretación y aplicación del derecho al juez, no sólo se encuentra en lo poco seguro que resulta para el jurista colocarse en la esfera de discrecionalidad de la función legislativa, sino que, en concreto, la Ciencia del Derecho penal, satisfecha con el nivel alcanzado en el desarrollo de su labor de sistematización, se ha dedicado a elaborar una teoría del delito que ha terminado adquiriendo relevancia y ha proporcionado grandes rendimientos en los momentos interpretativo y aplicativo del Derecho, resultando de gran ayuda para el juez, lo que ha coadyuvado a limitar o contrarrestar los intentos de centrarse en el momento de creación de la proposición jurídico-penal⁹⁵. Esta observación no nos debe llevar a la confusión de aceptar que por la propia naturaleza de la actividad investigativa, el científico del derecho no debe abocarse a la elaboración de un sistema de construcción legislativa que permita al legislador elaborar adecuadamente la norma jurídico-penal⁹⁶, todo lo contrario, hoy más que nunca se hace necesario la incursión de la ciencia en este ámbito, sobre todo porque por mandato constitucional, la ley debe estar sometida y en estricta consonancia con la norma fundamental, este criterio abre paso a la posibilidad de deslegitimar, cuando sea el caso, una norma que no guarde coherencia o incluso soslaye y contraríe la norma constitucional. Los arts. 161 y ss., de la Constitución española, regulan el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que tiene como consecuencia jurídica en caso de ser aceptado por el Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto. Esta

⁹⁴ Díez RIPOLLÉS, J.: «La nueva política criminal española», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Cuadernos penales LIDÓN, J., Bilbao, 2004, pág. 30.

⁹⁵ Díez RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pág. 73 y ss.

⁹⁶ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa y Derecho penal», en *EPCr*, vol. XXX, 2010, pág. 225. Esta autora apunta acertadamente que sorprende comprobar cómo el desinterés de la ciencia del Derecho por el momento legislativo contrasta con el hecho de que en su actividad diaria los juristas no se limitan a aplicar el Derecho existente, sino que también acometen tareas de creación jurídica, como la redacción de leyes, reglamentos o contratos. Lo realmente trascendental es observar que estas tareas no se realizan en base a un modelo teórico firme que guíe su desarrollo (como ocurre con la interpretación y la aplicación de la ley), sino que, por el contrario, se opera más bien de una manera intuitiva.

norma fundamental, corrobora la necesidad de incursionar previamente, también en el ámbito de la elaboración normativa.

En este sentido, cobraría especial relevancia estudiar la teoría de la legislación entendida como disciplina científica⁹⁷ que estudia la forma y contenido de las normas, con el fin de obtener criterios, directrices e instrucciones para una elaboración y configuración más racional de las mismas⁹⁸. Teoría que nos debe ayudar a solucionar el problema de encontrar la forma más adecuada a través de la cual se decide realizar una intromisión tan radical como la del Derecho penal, en la libertad de los ciudadanos y de las empresas, que se sirve de la “*técnica legislativa*” utilizada para efectuarla, para lograr la mejor realización y elaboración lingüística de las normas jurídicas⁹⁹.

⁹⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: *Teoría de la legislación y derecho penal: la aprobación del Código penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto vista de la teoría de la legislación*, trabajo inédito, disponible en el Campus Global de la Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, sin fecha, pág. 13 y ss., para quien, la teoría de la legislación no es una ciencia, sino que nos encontramos ante una técnica. Porque su objetivo es actuar sobre una realidad compleja y no describir o comprender la realidad y, segundo, desde un punto de vista epistemológico, porque no tiene la pretensión de llegar a un resultado *correcto* ni trata de excluir los márgenes de apreciación de quien pretende hacer una buena ley.

⁹⁸ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa...», *Ob. Cit.*, pág. 231.

⁹⁹ Como ponen de relieve MORA-DONATTO, C., SÁNCHEZ GÓMEZ, E.: *Teoría de la Legislación y Técnica Legislativa*, Una forma nueva de entender y ejercer la función legislativa, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas del H. Congreso del Estado de Tamaulipas, primera edición, 2012, pág. 10, no existe consenso respecto de si se debe denominar a este conjunto de proposiciones teóricas o doctrinales que se encargan de la labor de creación normativa ya sea como teoría de la legislación o ciencia de la legislación o técnica legislativa o técnica normativa, etc. Si bien se acepta, que el término *técnica* (normativa o legislativa) permite un enfoque más amplio para incluir aquellos supuestos de creación de normas (leyes) en las que no existe formalmente el carácter legislativo; no es menos cierto, que la denominación de *ciencia* o *teoría* de la legislación está justificada porque se trataría de una ciencia valorativa con un problema y objeto concreto. El objeto de esta ciencia sería (pág. 10) “*analizar el tránsito de la decisión política al momento en que esta se concretiza en una norma con rango de ley o incluso como conjunto normativo*”. Es la ciencia que se encargaría de resolver el problema de la adecuada forma de producción de normas con rango de ley. La teoría de la legislación estaría encaminada a lograr un reforzamiento al principio de democracia y de seguridad jurídica que rige en los modernos Estados constitucionales y tendría como disciplina auxiliar, la técnica legislativa cuya finalidad sería lograr la mejor realización y elaboración lingüística de las normas jurídicas. En este sentido, se manifiesta entre otros, SALVADOR CODERCH, P.: *Curso de técnica legislativa*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 11. Para GÓMEZ ORFANEL, G.: «Significado y alcance de la técnica normativa», en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Ed. Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, Madrid, 1991, pág. 13, la expresión de técnica legislativa se debe al trabajo de GENY, F.: «La Technique Législative dans la Codification civile moderne», en *Le Code Civil 1804-1994*, vol. II, Livre du Centenaire Publié par la Société d'Études Législatives, Ed. Arthur Rousseau, 1904, y la expresión ciencia de la legislación se debe a FILANGIERI, G., por su

El fin de esta teoría es lograr alcanzar un nivel de racionalidad adecuado a la hora de elaborar la norma jurídico-penal. Construir criterios que permitan elaborar un molde adecuado para las concretas construcciones dogmáticas. Es decir, una teoría que se ocupa de la forma que debe revestir la ley¹⁰⁰ para evitar incoherencias e irracionalidades, que permita un equilibrio entre el tenor material y el literal de los preceptos jurídico-penales¹⁰¹. La técnica legislativa debe procurar, por tanto, la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada¹⁰². Esta inserción debe superar los dos niveles de racionalización: jurídico formal y lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que en el momento de aprobarse o de reformarse una ley guarde armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico, así como que las proposiciones jurídico-penales se encuentren configuradas en función a la finalidad objetiva de la ley y los valores que los inspiran, lograr que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias, lo que hace que el Derecho pueda verse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y sus consecuencias, esto es, como un sistema de seguridad¹⁰³. La racionalidad lingüística se encamina a garantizar las habilidades comunicativas de las normas, serán irracionales las leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación¹⁰⁴. En el ámbito de la investigación jurídico-penal, estos dos niveles de racionalidad deben tener

obra, *La Ciencia de la Legislación* (1780-1785), varios tomos, trad. RUBIO, J., Ed. Imprenta Núñez, Madrid, 1822. Estas ideas y un mejor desarrollo de la cuestión, se pueden leer en el trabajo de ATIENZA, M.: *Contribuciones a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 15 y ss. Por eso, preferimos el término teoría o ciencia de la legislación al término técnica. Sin embargo, si se acepta que el objeto de la técnica legislativa consiste en resolver el problema de la adecuada forma de producción de normas, no habría dificultad en utilizar cualquiera de las expresiones. Indiferentemente, resaltamos que la cuestión terminológica en este ámbito todavía no está resuelta.

¹⁰⁰ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa...», *Ob. Cit.*, pág. 234.

¹⁰¹ SÁNCHEZ LÁZARO, F.: «¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», en *RDPC*, 2005/16, pág. 108 y ss.

¹⁰² NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa...», *Ob. Cit.*, pág. 236.

¹⁰³ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Contribución a una teoría...*, *Ob. Cit.*, pág. 32.

¹⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las...*, *Ob. Cit.*, pág. 97.

como sustrato relevante la dogmática del Derecho penal, como materia y conocimiento que provee un programa para la construcción de los preceptos. Es decir que la coherencia exigida debe traducirse en: a) una correcta e inconfundible manifestación de lo que el legislador ha querido; b) el mensaje debe ser claro e inteligible; y, c) debe guardar estrecha relación con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. Si se cumplen estos requisitos, la proposición jurídico-penal habrá logrado una racionalidad adecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa, en una materia en la que se pone en juego los bienes jurídicos más importantes: el derecho a la libertad, el derecho al honor, la vigencia de la dignidad personal, etc.

3. DISCUSIÓN SOBRE LA LEGITIMACIÓN

Brevemente revisaremos la legitimación de los delitos socioeconómicos mediante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, teniendo en cuenta que el Derecho penal económico por las características de los bienes que protege se ve condicionado por uno de los debates político-criminales más relevantes de los últimos tiempos¹⁰⁵, en referencia a la legitimidad de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos. Se observa que la tarea de encontrar criterios de legitimación para este concreto grupo de delitos se encuentra reflejada en una suerte de dialéctica entre lo que se ha denominado el discurso de la expansión y el discurso de la reducción¹⁰⁶, ambas fundamentaciones referidas al Derecho penal y su proceso de ampliación de la tutela de nuevos y diferentes bienes jurídicos¹⁰⁷, mediante tipos penales nuevos, pero también a través de los tipos penales tradicionales y una moderna reinterpretación de los mismos, tal es el caso del delito de

¹⁰⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos socioeconómicos...», *Ob. Cit.*, pág. 145.

¹⁰⁶ Al respecto, HASSEMER, W.: «Derecho penal simbólico...», *Ob. Cit.*, pág. 32 y ss.; HERZOG, F.: «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del Derecho penal», en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, coords. ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., NIETO MARTÍN, A., trad. CRESPO, E., Cuenca, 2003, pág. 249 y ss.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, pág. 127-129.

administración desleal¹⁰⁸. Una discusión en la que se observa lo antagónico de los presupuestos enfrentados, mientras se ha afirmado por un lado que la evolución del Derecho penal ha de trascender al Derecho penal mismo y que la mejora del Derecho penal desembocará no en un mejor Derecho penal sino en un derecho de mejora y prevención, un Derecho que fuera mejor que el Derecho penal, más humano e inteligente¹⁰⁹, por otro, se sostiene que la historia del Derecho penal es la historia de su progresiva racionalización y sometimiento a límites, y que por sus características es un instrumento más racional, previsible, limitado y seguro que otras formas de control social¹¹⁰.

En este sentido, se discute sobre la legitimidad de estos bienes jurídicos, en la medida en que, constituyen una muestra del carácter expansionista e injustificado del Derecho penal en el que se observa un abandono del modelo de protección de bienes jurídicos estrictamente personales y que estaría, por tanto, caracterizado por una mayor e innecesaria intervención. La crítica de la protección de los bienes jurídicos colectivos se formula en torno a sostener que son objetos ficticios o no reales de tutela¹¹¹ y

¹⁰⁸ En referencia a los supuestos de actuación del órgano de administración de una persona jurídica.

¹⁰⁹ RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, cuarta edición, Madrid, 1959, pág. 221. Podría pensarse que esta posición ya no se mantiene, porque sus postulados fueron propuestos al inicio de la segunda mitad del siglo pasado, sin embargo, la propuesta de HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: «Viejo y nuevo Derecho penal», en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 46 y ss., es asimilable. Estos autores sostienen que, entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, debería existir un “Derecho de Intervención”. Ordenamiento jurídico de difícil concreción y, sin embargo, (a juicio de estos autores) con mayores y mejores posibilidades de solución respecto del Derecho penal. Una propuesta que si se analiza adecuadamente en nada difiere de lo que propusiera RADBRUCH, porque el fundamento de la propuesta radica en la exagerada, ilimitada y no tan legítima intromisión en determinadas circunstancias por parte del Derecho penal. Es preciso advertir que la propuesta tiene una diferencia, porque el Derecho de Intervención estaría reservado para aquellos tipos penales que no se corresponden con el Derecho penal nuclear, v. gr., el Derecho penal económico.

¹¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ed. Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2006, pág. 171.

¹¹¹ MOCCIA, S.: «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro homenaje a CLAUS ROXIN, Ed. Bosch, trad. RAGUÉS I VALLÈS, R., edit. SILVA SÁNCHEZ, J., Barcelona, 1997, pág. 116.

carentes de materialización¹¹², en la medida de su excesiva amplitud e indeterminación. Por estos caracteres se señala que se recurre habitualmente a la técnica de los delitos de peligro evidenciando un adelantamiento (probablemente no justificado) de la frontera de la intervención y de la protección penal¹¹³. Nosotros consideramos que, si se acepta que ese adelantamiento no está justificado, resultaría difícil mantener la legitimación y justificación del empleo del Derecho penal en este ámbito. En este sentido, el hecho de que sean excesivamente amplios no es lo mismo que indeterminados y sobre este problema es necesario incidir. Por otra parte, respecto del problema en orden a la naturaleza del interés jurídico y el de la técnica de tipificación, lo importante será llegar a un punto que permita mantener el respeto del principio de lesividad, y esto se logra entendiendo que todo delito de peligro lo es para el interés jurídico mediato, que subyace al colectivo, que por su parte con la realización de la acción ya resulta lesionado, puesto que solo es posible la lesión como rebaja de ciertas condiciones. Por lo que se hace necesario distinguir entre legitimar por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y la posible infracción del principio de lesividad, que tendría lugar probablemente por la técnica legislativa. Eso es lo que desarrollaremos en el siguiente apartado. Pero para lograrlo, debemos responder a la cuestión sobre qué son bienes jurídicos colectivos y cómo se encuentran delimitados frente a los individuales. Recordando que como parte del objeto de este trabajo es el estudio del interés jurídico protegido en el denominado delito de administración desleal tipificado en el art. 252 CP, nos vemos obligados a establecer si la norma penal protege bienes jurídicos¹¹⁴ o como se piensa por

¹¹² MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo...*, Ob. Cit., pág. 68.

¹¹³ HASSEMER, W.: «Rasgos y crisis del derecho penal moderno...», Ob. Cit., pág. 241.

¹¹⁴ Para ABANTO VÁZQUEZ, M.: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, (publicado en el Libro-Homenaje a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, coord. URQUIZO, J.), 2006, pág. 3, el bien jurídico es todo aquello que el hombre o la sociedad valoran y se protege a través de la ley. Como afirma HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 139, el concepto de bien jurídico expresa el concreto interés, el objeto protegido por cada prohibición o mandato, que otorga un fundamento racional al sistema penal. El delito constituye, por tanto, la lesión no de un derecho subjetivo, sino de un bien jurídico, un bien merecedor de tutela penal.

otro sector doctrinal¹¹⁵, la función de este sector del ordenamiento es la protección de la vigencia de la norma¹¹⁶. Para nosotros, como se habrá deducido

¹¹⁵ Sin embargo, al menos a pie de página, considero importante referirme a la discusión y en este sentido, al porqué de la postura personal. Postura que nos parece importante y que condiciona la investigación, incluyendo el desarrollo posterior del trabajo y la toma de postura en los diversos temas a tratar. La tesis que considera que la norma penal protege bienes jurídicos, puede considerarse mayoritaria. En general para la doctrina penal la protección de bienes jurídicos constituye la función primordial del derecho penal. Sin embargo, existen posturas que, desde una perspectiva funcional del derecho penal, aseguran que la tarea de este ordenamiento es la protección de la vigencia de la norma.

¹¹⁶ Para JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, trad. CANCIO MELIÁ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B., primera edición 1996, segunda reimpresión, Madrid, 2000, pág. 16, desde una perspectiva funcional, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. En la pág. 26 afirma que la sociedad es la construcción de un contexto comunicativo, por lo tanto, no se trata de constatar un determinado estado de cosas, sino de observar la forma cómo se ha configurado ese estado. En este sentido, la identidad de la sociedad se encuentra determinada a través de unas reglas de configuración, establecidas mediante normas, un sistema de normas, lo que equivale a rechazar su configuración en función de bienes o estados (de la naturaleza o de la realidad). Es importante señalar que, para esta postura, se reconoce que, en determinadas configuraciones normativas, pueda deducirse la norma a partir de bienes, sin embargo, los bienes no son la norma, son tan sólo su reflejo. El Derecho, para esta tesis, se convierte en un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. Aparece el concepto de confianza institucional, entendida como una forma de integración social, el ordenamiento sustituye la confianza personal por la institucional, lo que se ha denominado la institucionalización de las expectativas de comportamiento. La misión de esta forma de integración social es garantizar un nivel necesario de orientación de la acción, del comportamiento y así, de estabilización de las expectativas. Una vez que las expectativas se han institucionalizado, se han normativizado, se puede afirmar que la infracción de la norma es socialmente disfuncional, más no por la lesión de ciertos bienes jurídico-penales, sino en la medida en que se pone en duda la vigencia de la norma como orientación de la acción, orientación del comportamiento y, en este sentido, se verifica una afectación de la confianza institucional de los miembros de la sociedad (desde una visión crítica, cf. BARATTA, A.: «Integración-Prevención: una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica», en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985, pág. 3 y ss.). Lo relevante, por tanto, para el Derecho penal será, en definitiva, haber desautorizado la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, de la desautorización de la vigencia de la norma, se afirma que el Derecho penal desde una configuración funcional, se acerca a la concepción de la pena en el sentido idealista *hegeliano*, entendida como la confirmación, restauración y aseguramiento del derecho, es decir que, para el Derecho penal funcional, la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad (véase directamente, HEGEL, G.: *Fenomenología del Espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. ROCES, W., primera edición 1966, Madrid, 1985, pág. 100. Para HEGEL, “el delito tiene su reflexión en sí mismo o su inversión en la pena real; ésta es la reconciliación de la ley con la realidad que se le opone en el delito, la pena real tiene su realidad invertida en ella misma, que es una realización de la ley, de tal modo que la que tiene ésta como pena se supera a sí misma, se convierte de nuevo de ley activa en ley quieta y vigente, cancelándose el movimiento de la individualidad en contra de la ley y el de ella en contra de la individualidad. Según ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 400, en HEGEL se observa que la pena era la reafirmación del derecho, por aplicación del principio lógico de que la negación de la negación es la afirmación: el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, es decir, la afirmación del derecho. Señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *CPC*, núm. 71, 2000, pág. 391-392, que la

de la lectura de los previos apartados, la ley penal obtiene su racionalización y justificación a partir de la protección de bienes jurídicos¹¹⁷. Sin embargo, es preciso señalar que en el ámbito de esta discusión ROXIN ha señalado que “*el propio Jakobs, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado expressis verbis de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente*”, porque exige como criterio para la función de confirmación de la norma, la necesidad de que la norma esté

referencia de ciertos críticos como BARATTA, para ligar el sistema funcionalista de JAKOBS con la teoría sistémica de LUHMANN, es equivocada, porque, afirma que JAKOBS, en varias publicaciones se desmarca de esta posibilidad. Afirma que, “*JAKOBS marcaba sus diferencias con la teoría sistémica de LUHMANN para situarse junto a HEGEL*”. En definitiva, se puede leer que, para JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona...*, Ob. Cit., pág. 11, el Derecho penal, no puede reaccionar frente a un hecho, en cuanto que ese hecho es equivalente a la lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto su identificación con el quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.

¹¹⁷ En este punto, cabe reparar nuevamente, en las formas en que se utiliza el concepto de bien jurídico, como bien señala MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 160, este concepto es utilizado básicamente en dos sentidos: a) en el sentido político criminal o de *lege ferenda*, referido a lo que necesariamente debe ser protegido por el Derecho penal; y, b) en el sentido dogmático o de *lege lata*, en relación a lo que efectivamente se encuentra protegido por la norma jurídico penal vulnerada. Sin embargo, según ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 55, el concepto de bien jurídico, en la medida en que no se encuentra dilucidada la cuestión teórica del concepto material de delito por cuanto hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de *bien jurídico* de modo que pudiera ofrecerse una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido, sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica según el concreto e inmediato bien jurídico protegido por el tipo penal para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero político criminalmente carece de importancia. Sin embargo, debemos reparar en que no puede confundirse el establecimiento de un concepto a nivel teórico con la indiscutible evidencia de la existencia de intereses personales y colectivos que se consideran necesarios para la vida en sociedad y para el libre y completo desarrollo de la personalidad. Adhiriéndonos a las tesis que pueden considerarse mayoritarias, matizamos señalando que el abandono radical de la función político-criminal del concepto de bien jurídico, sería insuficiente y poco adecuada, por cuanto se reduciría a otorgar una función eminentemente interpretativa al concepto de bien jurídico, dejando de lado los beneficios que comportan todos los problemas materiales de la discusión político-criminal para lograr un concepto de bien jurídico expresivo y concreto en su contenido y que a la vez funcione como limitador del Derecho penal. Por lo que consideramos que el bien jurídico puede constituir punto de encuentro entre injusto y política criminal, lo que permite concluir que la función primordial del Derecho penal es su protección, y solo a partir de ellos, se deben interpretar los tipos penales. Por otro lado cabe resaltar que, la teoría del bien jurídico le otorga una función crítica, que encierra la posibilidad de declarar *ex post*, la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales, como por ejemplo la prostitución, lo que implica su no criminalización y de este modo operaría en ambas modalidades (sobre la cuestión revisar VON HIRSC, A.: «El concepto de Bien Jurídico y el principio del daño», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de ALCÁCER, R, MARTÍN, M, ORTIZ DE URBINA, Í., Madrid-Barcelona, 2007, pág. 37-38).

“sustentada cognitivamente”, lo que significa para ROXIN que la norma se encuentra fundamentada en la “*protección de bienes jurídicos*”, por esta razón, sólo cabe “*archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos*”¹¹⁸.

Indiferentemente de que se acepte el fin de la discusión o no (lo propio sería considerarla abierta), lo importante sí es afirmar que la doctrina mayoritaria en España (a la que nos adherimos) acepta que la protección de bienes jurídicos es el principal criterio legitimante¹¹⁹. A este respecto, considero importante señalar, aunque brevemente, que es necesario establecer un criterio complementario de la teoría del bien jurídico¹²⁰. Porque, el correcto

¹¹⁸ ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», en *RECPC*, trad. CANCIO MELIÁ, M., 15-01, 2013, pág. 4 y 5.

¹¹⁹ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 119 y ss. Sobre la función y límites de la teoría del bien jurídico como criterio legitimante, entre otros muchos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990, pág. 5 y ss.

¹²⁰ En la doctrina existen dos posturas muy diferenciadas sobre la vinculación normativa entre bien jurídico y Constitución. La que opina que todos los intereses jurídicos están en la Constitución y la que dice que no (con una construcción distinta, FERNÁNDEZ, G.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2004, pág. 108 y ss., 118, 291, sostiene con su teoría supraconstitucional iushumanista del bien jurídico, que los bienes jurídicos están constituidos por los valores sociales, universales y multiculturales relacionados con los derechos humanos, que derivan de la dignidad de la persona, por lo que la teoría constitucionalista no completa el marco protector debido a la pluralidad de valores que contiene, y solo constituiría un mandato de determinación para el legislador). Finalmente, para algunos autores, los bienes jurídicos que pueden ser objeto de protección penal son aquellos que sirven para garantizar los principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Para ABANTO VÁZQUEZ, M.: «Acerca de la teoría...», *Ob. Cit.*, pág. 8, en Alemania (este autor cita a SAX y RUDOLPHI) surgió la tesis de la concepción constitucional del bien jurídico, según la cual, el ordenamiento constitucional se encuentra vinculado de manera inmediata a la protección de bienes jurídicos cuando estos son referidos al núcleo de valores ético-sociales previamente dados, como el derecho a la vida, el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la propiedad, etc. El resto de bienes jurídicos constituirían valores intermedios del ordenamiento constitucional. Para ÁLVAREZ GARCÍA, J.: «Bien jurídico y Constitución», en *CPC*, núm. 43, 1991, pág. 5 y ss., 20, 35; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites...», *Ob. Cit.*, pág. 1 y ss.; CARBONELL MATEU, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 27 y ss., entre otros, la teoría constitucional debe identificar a los bienes jurídicos penales con el ordenamiento valorativo constitucional y esta vinculación se puede realizar de manera expresa e implícita. Lo que no implica su concreta positivización, mas si una marcada tendencia hacia este logro. Por otro lado, tampoco se exige que los bienes jurídicos susceptibles de protección jurídico-penal, se reduzcan o aumenten. Además, es posible que incluso el contenido normativo del bien jurídico varíe como consecuencia de la interpretación jurisprudencial o por alguna modificación de la norma. Como afirma, ABANTO VÁZQUEZ, M.: «Acerca de la teoría...»,

punto de partida consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos se encuentra en los principios de la Constitución¹²¹. Con lo cual se reconduce la teoría del bien jurídico haciéndola derivar de la Constitución¹²². En suma, como afirma BUSTOS RAMÍREZ, el bien jurídico no sólo surge como un concepto fundamentador de la intervención del Derecho penal en la libertad y derechos de las personas, sino además como garantía del ciudadano y como criterio deslegitimador de las intervenciones¹²³ cuando éstas sean irracionales e ilegítimas. En un Estado democrático, el bien jurídico comporta la misión de limitar el poder punitivo estatal, esto implica que las definiciones legales de delitos únicamente pueden crearse para amparar bienes jurídicos compatibles con ese ordenamiento¹²⁴. Esto no quiere decir que los bienes jurídicos deriven de la Constitución española, sino tal y como afirma el Tribunal Constitucional¹²⁵, el Derecho penal tiene la finalidad de proteger los valores,

Ob. Cit., pág. 10, para esta postura no se trata de un mero traslado del contenido de la norma constitucional al Derecho penal, haciendo del segundo un instrumento secundario del primero, sino precisamente de lograr coherencia y racionalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Lograr interpretar y adecuar las proposiciones jurídico-penales de conformidad a los valores de la Constitución, tanto en las propuestas político-criminales como en la estructura de la dogmática del Derecho penal, ámbitos en los que se encuentra la discusión sobre el bien jurídico. En este sentido, para la selección de bienes jurídico penalmente protegibles, es preciso que el bien jurídico cumpla una función limitadora del empleo, uso, utilización o instrumentalización del Derecho penal, y, por tanto, hay que seleccionar aquellos que sean relevantes. Esta selección no tiene más límite que aquellos que vayan en contra de los valores reconocidos como inspiradores del ordenamiento en la Constitución, pero esto, no significa que se pueda proteger cualquiera, sino solamente aquellos en los que se garantice que la intromisión en la libertad de las personas será constitucionalmente legítima.

¹²¹ Entre otros, ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 55; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 104 y ss., *passim*.

¹²² cf. BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal*, Parte General, Ed. Akal, quinta edición, Madrid, 1998, pág. 19. Este autor, desde otra perspectiva, sostiene que las limitaciones del *ius puniendi* no surgen propiamente de la función del concepto de bien jurídico. En esta postura, únicamente es posible deslegitimar la intervención del Derecho penal cuando la norma jurídico-penal vulnere los valores superiores del ordenamiento jurídico que establece el artículo 1 de la CE: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en definitiva, el derecho a la libertad desarrollado y garantizado normativamente por la Constitución.

¹²³ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 113.

¹²⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Rafael Castellanos, t. I., segunda edición, Madrid, 1986, pág. 159.

¹²⁵ Para el TC la delimitación del bien jurídico es una actividad que se encuentra en la esfera de discrecionalidad legislativa, basta con que, en la ley penal, no concurran objetivos

bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos¹²⁶ en un Estado social y democrático de Derecho¹²⁷. De acuerdo con lo que se ha expuesto, y dado que

constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes. Esto implica el reconocimiento de bienes jurídicos penales que no se hallen ni de forma expresa ni de manera implícita en la Constitución. El TC en la sentencia 45/2009, afirma que normativamente se encuentra garantizada “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, por lo que, “en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad”. Esto sin perjuicio del reconocimiento implícito de mandatos tácitos de incriminación (sobre esta última cuestión, revisar ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien Jurídico Penal: más allá del Constitucionalismo de los Derechos*”, en *EPCr*, vol. XXIX, 2009, pág. 78).

¹²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pág. 32.

¹²⁷ En este sentido, en conexión con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, con el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, así como con el principio de intervención mínima, la cuestión del bien jurídico (y sobre todo, de esta parte de la investigación) tiene especial relevancia, puesto que nos encontramos ante comportamientos delictivos relativamente nuevos (la administración desleal del órgano de administración), que para algunos autores deberían formar parte del denominado Derecho penal accesorio (delitos societarios) como opuesto al nuclear (administración desleal genérica) en el que la concreción del objeto de protección de la norma es particularmente importante, más cuando en algunos casos (aunque es posible que no en la administración desleal del órgano de administración) sean hechos que pueden encontrar protección en el ordenamiento jurídico privado, por lo que cabría la pregunta: ¿debe protegerse jurídico-penalmente todo bien jurídico? A lo que tendríamos que responder: que no toda clase de interés o valores colectivamente reconocidos y dignos de protección jurídica, debe gozar de la penal. Como señala POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974, pág. 266 y ss., el concepto de bien jurídico-penal no abarca la totalidad de objetos de protección jurídica, sino sólo de aquellos que requieren un aseguramiento normativo de mayor rigor. El mayor o menor rigor se estructura en relación con la relevancia o importancia que se otorgue a lo que se quiere proteger, de la categoría conceptual protegida y de la gravedad e intensidad del ataque efectuado contra aquélla. Se incluyen los bienes en sentido material, así como los valores, referidos a la esfera espiritual. Los bienes son los objetos que siendo de utilidad para satisfacer las necesidades personales asumen una importancia de tal relevancia que deben protegerse por y a través de la ley penal. Los valores son los atributos anímico espirituales que permiten la auto-realización de la persona en sociedad y que repercuten en la propia estructura del núcleo de la sociedad y son referidos a la libertad individual y el respeto al otro como persona, protegida y garantizada por el derecho. No se trata de que merezcan un mayor o menor rigor en el aseguramiento normativo, sino de que tengan o no un mayor o menor valor para el desarrollo de la vida en colectividad y de la personalidad individual, y que, además se trate de ataques graves a ese interés, incluso en algunos casos sólo se justificaría la protección penal cuando no exista un medio alternativo menos gravoso e igual de eficaz. Para optar por la protección penal es preciso combinar estos criterios, hay veces como en el derecho a la vida que el valor del interés jurídico es tal que no es preciso distinguir por la gravedad del ataque ni buscar medios alternativos menos gravosos, y lo mismo se puede decir de otros intereses personales, en cambio en este tipo de delitos, la administración desleal del órgano de administración, así como en los societarios se deberían tomar en consideración otros criterios. Por otro lado, como afirma MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 161 y ss., a más de la protección jurídico-penal, tan sólo de determinados bienes jurídicos, es importante expresar que la idea de protección de bienes jurídicos como función del Derecho penal, según el cual el ejercicio de *ius puniendi* por parte del

partimos de una determinada concepción de la función de la norma penal como protectora de bienes jurídicos, resulta fundamental (como hemos afirmado antes) en el ámbito de nuestra investigación, responder a la cuestión sobre qué son bienes jurídicos colectivos y cómo se encuentran delimitados frente a los bienes jurídicos individuales.

4.1. DEFINICIÓN DE BIEN JURÍDICO COLECTIVO

Señalaremos primeramente que son bienes jurídicos individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas; y, aquéllos bienes jurídicos que sirven a los intereses de muchas personas, de la generalidad, podremos denominarlos bienes jurídicos colectivos¹²⁸. Para MIR PUIG, también llamados “*difusos*” porque se caracterizan siempre por hallarse difundidos entre amplias capas de la población¹²⁹. Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ sostiene que los bienes

Estado se encuentra legitimado sólo bajo la protección de bienes jurídicos, se fundamenta en el principio de lesividad, que implica dotar al bien jurídico de una función político criminal de *lege ferenda* para la proscripción de conductas eminentemente lesivas y, una función dogmática de *lege lata* en relación al alcance del tipo como criterio de interpretación en función del concreto objeto protegido por la norma. En Derecho penal, para ciertos autores, se entenderán por sinónimos el principio de ofensividad, lesividad, ofensión o de exclusiva protección de bienes jurídicos (revisar sobre la cuestión GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Principio de ofensividad...», *Ob. Cit.*, pág. 7). En este sentido, lo importante es afirmar que todo delito comporta necesariamente un ataque al bien jurídico protegido por la norma jurídico penal. Por ejemplo, en los delitos de resultado de lesión y de peligro, comporta un resultado de daño o peligro en los términos de cada tipo penal. La dogmática de los delitos de lesión exige un resultado de lesión al bien jurídico, la dogmática de los delitos de peligro exige un resultado de peligro al bien jurídico, en ambos casos, el resultado exigido por la norma jurídico penal se corresponde con la idea normativa de daño. Por lo anterior se deduce que el principio de lesividad impone la carga de la demostración del ataque al bien jurídico en los términos típicos.

¹²⁸ HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 19, trad. SALAZAR ORTUÑO, E., 2001, pág. 149.

¹²⁹ MIR PUIG, S.: «Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi», en *EPCr*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pág. 206. Este mismo autor, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 152, previene que, el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. Ahora, la bondad de una acción estatal a favor de la colectividad no justifica, sin más, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.

jurídicos colectivos deben ser definidos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social¹³⁰. En este punto, ROXIN¹³¹ expresa que los objetos de protección deben concretarse de alguna manera y, por ende, los objetos jurídicos resultado de una abstracción exagerada, que resulten inaprehensibles, no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos. Para MAURACH¹³², son bienes jurídicos de la colectividad por un lado, a) los valores supraestatales de la sociedad, entre los que destacan: el orden interno y externo, el sentimiento de piedad, la humanidad, la integridad de la familia, la honestidad, el deber de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, la seguridad ante el peligro colectivo; y, por otro lado, b) los valores personificados en el Estado, entre los que cabe contar: la integridad del Estado, el poder estatal en sus distintas manifestaciones, la administración de justicia y la honestidad en el ejercicio de las funciones. En esta bifurcación de los bienes jurídicos colectivos establecida por MAURACH, subyace la idea de establecer una distinción entre los sujetos a los cuales se refieren estos bienes, a saber: la distinción entre sociedad y Estado como sus titulares, en España también ha sido acogida esta distinción y consecuente clasificación¹³³. Sin embargo, hoy en día es difícil aceptar esta clasificación por cuanto el Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal. Así, todo atentado contra los órganos estatales o contra el normal desenvolvimiento de su actividad es, en definitiva, un atentado, un ataque contra la sociedad a la que éstos sirven¹³⁴.

¹³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», en *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, pág.197.

¹³¹ ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como...», *Ob. Cit.*, pág. 11.

¹³² MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ariel, traducción y notas de Derecho español por CÓRDOBA RODA, J., Barcelona, 1962, Pág. 252.

¹³³ Entre otros, SANTANA VEGA, D.: *La protección penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 77; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, 2004, pág. 218; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, décimo octava edición, Valencia, 2010, pág. 410, quien distingue entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra el Estado; SERRANO GÓMEZ, A.: *Curso de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 540 y ss.

¹³⁴ SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, pág. 888.

Por esta razón, estamos obligados a renunciar a esta división y clasificación de los bienes jurídicos colectivos en función de la titularidad, y afirmar que todo atentado y/o ataque contra bienes jurídicos colectivos constituyen en sí, atentados y ataques contra la sociedad, y sólo en relación a las funciones sociales que los bienes jurídicos colectivos desempeñan en la sociedad, puede realizarse una clasificación de los mismos. Así, existirían: bienes jurídicos identificables con las prestaciones básicas de la sociedad y bienes jurídicos identificables con la protección de las instituciones que hacen posible las prestaciones básicas para la sociedad y sus integrantes¹³⁵.

Según ALEXY, para su delimitación y concreción deben superarse tres condiciones¹³⁶ a saber: a) la no exclusión en el uso; b) la no rivalidad en el consumo; y, c) la cualidad de no distributividad. En efecto, un bien jurídico será colectivo en la medida en que no se excluya del uso de ese bien a ninguna persona; que además, el uso y disfrute de ese bien por parte de una persona, no implique un perjuicio o imposibilidad para el efectivo disfrute de ese bien por parte de otra persona; y, un bien jurídico podrá ser calificado con el adjetivo de colectivo¹³⁷ cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividirse este bien en partes, para distribuirlo en determinadas porciones para el disfrute de un individuo concreto. Nosotros consideramos junto con

¹³⁵ En este sentido se expresan MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, octava edición, 2010, pág. 59, para quienes, los llamados bienes jurídicos colectivos, afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.; en el mismo sentido, SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los bienes...», *Ob. Cit.*, pág. 889.

¹³⁶ ALEXY, R.: «Derechos individuales y bienes colectivos», en *El concepto y la validez del derecho*, Ed. Gedisa, trad. SEÑA, J., Barcelona, 2004, pág. 179 y ss.; en función de este criterio, HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros...», *Ob. Cit.*, pág. 149 y ss., desarrolla su tesis; en el mismo sentido, SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los bienes...», *Ob. Cit.*, pág. 887, quien lo expresa del siguiente modo: característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros.

¹³⁷ ALEXY, R.: «Derechos individuales y bienes colectivos ...», *Ob. Cit.*, pág. 186.

GRECO¹³⁸, una cuarta condición, de la que es partidario ROXIN¹³⁹, quien exige no legitimar “*un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual*”, si se concreta la afectación de un bien jurídico individual no existe bien jurídico colectivo inmediatamente protegido. Esto no implica que en el supuesto de hecho concreto de manera secundaria o mediata se vulnere además un bien jurídico colectivo. En este sentido, este carácter se deduce de la cualidad de indivisibilidad, es decir que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales¹⁴⁰. En estos comportamientos el carácter colectivo viene informado por el tipo de peligro del que se ven afectados los bienes jurídicos individuales, el núcleo de lo injusto reside en la creación de un peligro abierto a un bien jurídico individual¹⁴¹. El bien jurídico colectivo se caracteriza, por tanto, por la posibilidad¹⁴² y susceptibilidad de ser disfrutado y utilizado por todos (al mismo tiempo) y cualquiera (sin determinación temporal) de las personas en una sociedad, en este sentido resulta materialmente imposible relacionarlo con un concreto estamento de aquella, y en función de esto, resulta igualmente imposible determinar o delimitar una proporción o medida del disfrute. Por ejemplo, el medio ambiente, su disfrute por parte de una persona no implica la imposibilidad de acceder a aquel por parte de otra persona en el mismo momento.

Ahora, luego de haber brevemente explicado qué es un bien jurídico colectivo, tomaremos como punto de partida para la discusión de su

¹³⁸ Citado por ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como...», *Ob. Cit.*, pág. 12, nota al pie núm. 55, pág. 199 y ss.

¹³⁹ ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como...», *Ob. Cit.*, pág. 12.

¹⁴⁰ SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los...», *Ob. Cit.*, pág. 887, quien señala que, por esta razón, los delitos contra la seguridad colectiva no deben considerarse como protectores de un bien jurídico colectivo.

¹⁴¹ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003, pág. 200 y ss.

¹⁴² HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho...», *Ob. Cit.*, pág. 150.

legitimación, la teoría personal del bien jurídico, por ser la teoría crítica que los deslegitima, y que en general ha sido desarrollada (en sus aspectos relevantes) y propugnada por HASSEMER. De esta manera debemos responder a la pregunta sobre si es legítimo proteger mediante el Derecho penal a los bienes jurídicos colectivos. El por qué empezar desde esta teoría constituye una decisión deliberada que se justifica, por un lado, porque es la teoría personal del bien jurídico de dónde han surgido las críticas deslegitimadoras de la protección de bienes jurídicos colectivos; y por otro, porque de este modo, es mucho más sencillo comunicar las ideas superadoras de las críticas contra la protección de los bienes jurídicos colectivos.

4.2. LA LEGITIMACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS: DISCUSIÓN MATERIAL VS. DISCUSIÓN FORMAL

En efecto, tomaremos como punto de partida para la discusión de la legitimación de la protección de los bienes jurídicos colectivos, mediante el Derecho penal, la teoría personal del bien jurídico¹⁴³. Para esta teoría, el bien jurídico constituye criterio irrenunciable para medir la política criminal, y en este sentido, debe concretarse en su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal. HASSEMER, acepta la necesidad de protección de bienes jurídicos universales (o colectivos), siempre y cuando se funcionalicen desde la persona, para evitar que una “*política criminal moderna y divagadora*” destruya y desnaturalice el concepto de bien jurídico mediante la protección de bienes jurídicos vagos, generalizadores y en definitiva difíciles de concretar¹⁴⁴.

¹⁴³ En España, aunque no en los mismos términos, MIR PUIG, S.: *El Derecho penal en el...*, Ob. Cit., pág.164, para quien existen dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero, dice este autor, es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. Para él, por lo tanto, el Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos.

¹⁴⁴ HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en *La teoría del bien jurídico...*, Ob. Cit., pág. 96.

Estas ideas tienen como sustrato dogmático, la consideración del bien jurídico desde una perspectiva individual, y se corresponde con la teoría personal del bien jurídico, según la cual sólo debe entenderse como tal un interés individual necesitado de protección jurídico-penal¹⁴⁵.

En este sentido, la protección del orden socioeconómico será posible en la medida en que se realice una vinculación directa o indirecta entre aquel y el derecho individual de la persona, por ejemplo, el patrimonio, etc., concluyendo esta tesis que el orden socioeconómico por carecer de elementos diferenciadores sustanciales entre un interés individual y uno colectivo, por estar este último funcionalmente ligado al primero, no es posible otorgarle entidad suficiente como bienes jurídicos colectivos y en este sentido, no sería posible elaborar adecuadamente criterios para su legitimación y por tanto, no sería posible su criminalización. De este modo, es preciso manifestar que esta postura propone una absoluta descriminalización de este tipo de comportamientos, porque propugna su incorporación a la normativa extrapenal, quedando tan sólo como objeto del Derecho penal los comportamientos que componen el tradicional Derecho penal nuclear. Además, plantea como solución para las infracciones contra el orden económico la articulación de un “*Derecho de intervención*”¹⁴⁶, de difícil contorno, pero situado en un estado o nivel de coacción anterior o inferior a la intervención penal y posterior o superior a los demás ordenamientos jurídicos tales como el Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo sancionador, etcétera¹⁴⁷.

Se ha rechazado esta postura por un sector de la doctrina, entre los que cabe citar a FEIJOO SÁNCHEZ en España y STRATENWERTH en Alemania,

¹⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos...», *Ob. Cit.*, pág. 146

¹⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 134.

¹⁴⁷ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: «Viejo y nuevo Derecho penal...», *Ob. Cit.*, pág. 46 y ss., en concreto, estos autores sostienen que, entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, debería existir un “*Derecho de Intervención*”. Ordenamiento jurídico de difícil concreción y, sin embargo, con mayores y mejores posibilidades de solución respecto del Derecho penal.

en la medida en que “*resulta ser demasiado egocéntrica o individualista*”¹⁴⁸, únicamente posible en una sociedad que no sólo careciera de intereses comunes, sino que ni siquiera los promueva. Tesis para estos autores contraria a la realidad normativa actual en la que se evidencia la protección y vigencia de intereses supraindividuales o colectivos como característica de los modernos Estados¹⁴⁹. Se parte de la constatación de que “*el injusto es siempre una perturbación social*”¹⁵⁰ que supera la relación de conflicto entre autor y víctima. Por otro lado, existen delitos que protegen intereses colectivos, en los que no se requiere el enlace funcional entre interés individual e interés colectivo para traspasar la barrera de la tipicidad, como en los delitos contra la administración tributaria o en los delitos contra la seguridad social, por tanto, este enlace no es un requisito material sino sólo una característica de determinados tipos penales. Cabe afirmar, además, que el reconocimiento jurídico del ser humano como persona presenta una realidad bidimensional, que se explica por la garantía y protección de la libertad. Esta situación se expresa en función de las siguientes esferas de protección: a) para dejarle obrar y manejar su propio ámbito de organización; y, también, b) para respetar y proteger sus objetivos supraindividuales. Esta última dimensión tiene como idea base o fundamental, la necesidad de considerar a la persona, “*como alguien a la que le gustaría ver el mundo, ordenado de una determinada manera*”, y desde esta perspectiva, resulta factible y viable, proteger a la persona, “*en sus creencias básicas que van más allá de su individualidad y tienen que ver con toda su visión del mundo*”¹⁵¹, es decir, desde una perspectiva supraindividual. Por otro lado, entiende ROXIN que los bienes jurídicos no serían simples portadores ideales o abstractos de significado sino

¹⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos...», *Ob. Cit.*, pág. 146; en el mismo sentido, STRATENWERTH, G.: «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en *La teoría del bien jurídico...*, *Ob., Cit.*, pág. 369, para quien, el concepto personal de bien jurídico, sólo puede abarcar lo que al individuo le resulta importante para sí mismo, una postura que observa al individuo como *homo oeconomicus*, como sujeto orientado únicamente a su propio bienestar, lo que implica problemas para admitir los bienes jurídicos colectivos.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 156.

¹⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos...», *Ob. Cit.*, pág. 147.

¹⁵¹ STRATENWERTH, G.: «La criminalización en los delitos...», *Ob., Cit.*, pág. 369.

circunstancias reales, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente partes de la realidad empírica, con lo cual dentro del concepto bien jurídico caben tanto bienes individuales como bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular¹⁵².

De esto se deduce que la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos intenta poner en duda la necesidad de su tipificación, crítica que hemos superado con las observaciones anteriores¹⁵³, sin embargo, lo que si se evidencia y acepta es una inadecuada “*técnica legislativa*”, a la hora de elaborar y establecer los tipos penales concretos, cuestiones que deben ser combatidas desde una perspectiva de política criminal¹⁵⁴, en el sentido de mejorar la determinación de los tipos, para lograr una mejor concreción del tipo de injusto. La crítica debe apuntarse, por tanto, no a la legítima o ilegítima protección de los bienes jurídicos supraindividuales, sino en función de la concreta técnica que el legislador utiliza para su tipificación. Es decir, por ejemplo, rechazar de plano, el intento de tipificar comportamientos que agredan a un bien jurídico colectivo, cuando ante la dificultad que plantea señalar una estructura típica de peligro concreto, el legislador acude a la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto, encajando de manera inadecuada el comportamiento en un molde que no le pertenece¹⁵⁵.

El fundamento material de los bienes jurídicos colectivos surge a partir de la realidad social actual¹⁵⁶ que condiciona su aparición y protección, así como del modelo de Estado de Derecho actual, en la medida en que éste debe atender a las necesidades de todos los miembros que conforman la sociedad a fin de lograr la efectiva libertad personal (política, económica, etc.) e igualdad jurídica, lo que implica la necesaria protección jurídico-penal contra aquellos

¹⁵² ROXIN, C.: *Problemas actuales de dogmática penal*, Ed. ARA, Lima, 2004, pág. 44 y ss.

¹⁵³ FEJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos...», *Ob. Cit.*, pág. 146 y ss.

¹⁵⁴ FEJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos...», *Ob. Cit.*, pág. 149.

¹⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las...*, *Ob. Cit.*, pág. 97 y ss.

¹⁵⁶ TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, pág. 34-35 y ss.

hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades¹⁵⁷ que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. Por ejemplo, es necesario la protección jurídico penal ante graves hechos que atenten contra el medio ambiente, el agua, la seguridad pública, la función jurisdiccional, el orden socioeconómico, etc. En este sentido, es plausible una solución que consista en la modernización del Derecho penal, que se adapte a la de la sociedad y a los comportamientos dañinos que en ésta acontecen¹⁵⁸, comportamientos referidos ante todo a los delitos socioeconómicos. El cómo debería realizarse esta modernización lo veremos a continuación.

En este punto, es preciso tener en cuenta que bienes colectivos no son sólo los de naturaleza socioeconómica, se incluyen además la protección del medio ambiente, y dentro de él la protección del agua, la salud pública, seguridad del tráfico que, desde hace mucho más tiempo que el orden socioeconómico han sido objeto de protección penal. Por lo que esto podría poner en tela de juicio o llevar a replantearse el modo de la discusión, en tanto que el problema no sería la legitimidad de la protección penal de los intereses colectivos, sino de la selección de los que deben ser dignos de esa protección penal. Nos encontramos, por tanto, ante dos niveles diferenciados de discusión: la cuestión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos y la cuestión de la selección del concreto bien jurídico colectivo. En este sentido, las finalidades derivadas de un Estado social y democrático de Derecho hacen surgir las necesidades de protección de estos intereses colectivos, ya que sólo cuando se articula la protección es posible la de los bienes jurídicos individuales. Porque el pleno ejercicio del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la propiedad, a la protección del patrimonio, no es posible sin la conexión con el criterio de la dignidad de la persona. La dignidad de la persona incluye que se garantice y se provea de manera progresiva y

¹⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos...», *Ob. Cit.*, pág.196.

¹⁵⁸ SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal de los órganos...», *Ob. Cit.*, pág. 54. Este autor repara y nosotros coincidimos, en que es necesario tomar en serio las objeciones realizadas por los autores de la escuela de Frankfurt, entre los que destaca HASSEMER.

sustentable de condiciones normativas reales para la realización de estos derechos, estas condiciones normativas reales son los bienes jurídicos colectivos. La protección de la economía, de la salud (garantía de la seguridad social y las prestaciones más importantes: seguro de salud, seguro de pensiones, contingencias por riesgos laborales, etc.), del trabajo, del medio ambiente, del tráfico rodado, de la seguridad ciudadana (fuerzas armadas, policía, Administración de Justicia), etc. Sin la garantía de estas realidades normativas, es discutible un pleno ejercicio de los derechos individuales¹⁵⁹. El problema es hasta qué punto es precisa esa dependencia; si debemos considerarlos instrumentales para la protección de los individuales, en concreto de los que se derivan de esa definición de Estado y de sus principios. Si somos partidarios, como en efecto lo somos, de considerar que la intervención del Derecho penal en la libertad de las personas y de las empresas se justifica sólo a través de la protección de bienes jurídicos¹⁶⁰ (esta observación, ha dado lugar a la diferenciación y desarrollo dogmático introducida por algunos autores, entre los que destaca MIR PUIG, que se corresponde con el denominado *principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales*¹⁶¹, esta exigencia de protección

¹⁵⁹ Esta idea es producto de la reflexión de dos realidades vividas, el hecho de ser nacional de un país latinoamericano en el que normativamente siempre se han garantizado a nivel constitucional los derechos fundamentales individuales y también los colectivos; y el hecho de haber residido en países en donde estas garantías, son una realidad (progresiva), por ejemplo, España. Esto significa que, en el Ecuador, no ha existido una garantía y protección real por parte de las instituciones del Estado encargadas de lograr estas finalidades constitucionales (este no es el momento de hablar de causas, aunque es importante dejar constancia que en la última década han existido cambios importantes en esta materia). Por lo que el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la propiedad, a la protección del patrimonio personal, etc., se ha tornado en una suerte de burla de la legislación, porque hemos sido testigos de los ataques más atroces y a la vez, de los más simples, que hacen imposible un pleno ejercicio de estos derechos individuales. La ciudadanía en general expuesta al temor por la sensación de inseguridad en la que se vive y se ejerce la libertad. Es una cruel ironía hablar de la protección de bienes jurídicos individuales, sino no se garantizan de manera real y progresiva, los bienes jurídicos colectivos. Esto significa que toda política económica debe estar sujeta a la normativa constitucional, el ámbito de lo discutible debe estar situado en el límite posterior a las garantías materiales (financiación) que posibiliten el adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos básicos. Sólo así se puede lograr la plena vigencia de la dignidad de la persona. Es una opinión personal, avalada por la experiencia y la historia latinoamericana y mundial.

¹⁶⁰ Esta legitimación no es referida en relación a todos y cada uno de los bienes jurídicos que el Estado de Derecho ha garantizado sino sólo de aquellos que se encuentran en la esfera de protección de la ley penal.

¹⁶¹ MIR PUIG, S.: «Bien Jurídico...», *Ob. Cit.*, pág. 205 y ss.; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites del principio...», *Ob. Cit.*, pág. 5. En efecto, este autor sostiene que

por parte del Derecho penal no implica que todo bien jurídico deba ser protegido penalmente [principio de subsidiariedad] ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penales penalmente tutelados ocasione la intervención del Derecho penal [carácter fragmentario]¹⁶²), lo que implica en definitiva, que la legitimación de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El bien jurídico se concibe como la razón que permite justificar la necesidad del empleo del derecho penal, es decir, como aquello que legitima el castigo¹⁶³. El problema radica fundamentalmente en la selección de los bienes jurídicos. Lo relevante será no tanto discutir si se debe o no proteger un interés colectivo, sino qué tipo de intereses de esta naturaleza deben ser objeto de protección penal. Aceptada la necesidad de protección de estos bienes jurídicos colectivos¹⁶⁴, uno de los problemas que se plantean en este momento es el relativo al tratamiento que deban tener, si se deben tipificar en el Código penal como norma penal, de acuerdo con los principios que rigen este sector del ordenamiento jurídico, o debe optarse, en palabras de SILVA SÁNCHEZ por un Derecho penal de dos velocidades.

4.3. NUEVOS DELITOS, REGIDOS POR LOS MISMOS PRINCIPIOS

Entre otros, dentro de la primera postura, sobre el tratamiento de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos y que conforman el “nuevo

no todo bien jurídico requiere tutela penal, y en este sentido no todo bien jurídico es susceptible de convertirse en bien jurídico-penal.

¹⁶² MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 120. Lo que conduce a afirmar la existencia de una clara delimitación conceptual, y la consideración del bien jurídico-penal como una definición de la forma lógica por género anterior y diferencia específica.

¹⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, Ob. Cit., pág. 139-140. Para este autor debe entenderse el bien jurídico desde una perspectiva procedimental y no sustancial, en términos de justificación y no de objeto, por tanto, se podrá objetar y criticar una norma jurídico-penal, cuando no justifique suficientemente la intervención penal, a pesar de haber sido seleccionada como objeto de protección por parte del legislador.

¹⁶⁴ GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones...», Ob. Cit., pág. 952. El orden socioeconómico es tan digno de protección penal como otros intereses supraindividuales o generales; el problema es más de selección que de legitimación.

derecho penal”, GIMBERNAT ORDEIG considera que los conceptos fundamentales de la Parte General del Derecho penal siguen siendo adecuados e irrenunciables para el tratamiento de los nuevos comportamientos establecidos en los tipos penales¹⁶⁵, entre estos, los delitos socioeconómicos y societarios, por tanto, los comportamientos que agredan gravemente el orden económico deberían integrarse en el Derecho penal, en definitiva, que su tratamiento quede sometido a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal¹⁶⁶. Sobre la “*técnica legislativa*” respecto de su mejor sistematización y ubicación, es preferible ubicarlos de manera preponderante en el Código Penal, aunque no sea necesario¹⁶⁷, mas sí recomendable en función del orden y mejor clasificación. Es decir que se puede regular como ley común, en el Código penal, o como ley especial en un texto independiente del Código penal, pero sujetos a los mismos principios y reglas. En un sentido diferente, SILVA SÁNCHEZ, propone un Derecho penal de dos velocidades que permita por un lado salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que penan con prisión y otro Derecho penal, más alejado del núcleo de lo criminal, con imposición de penas próximas al Derecho administrativo como multas, sanciones administrativas para el ejercicio de determinados derechos, etc., en el que se flexibilicen los criterios de imputación y las garantías político-criminales¹⁶⁸. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ¹⁶⁹, considera más adecuada la propuesta del modelo dual de SILVA SÁNCHEZ, como opción de mayor seguridad jurídica, ante todo como mejor solución frente a la planteada por HASSEMER sobre el Derecho de la intervención, en general por cuanto no se han establecido los contornos de este

¹⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en *Modernas tendencias...*, Ob. Cit., pág. 356.

¹⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 157.

¹⁶⁷ Nos referimos a la técnica legislativa de colocar las prohibiciones penales dentro del Código penal y no en una Ley especial sobre la materia de referencia, como, por ejemplo, el ordenamiento italiano que ha introducido las prohibiciones de carácter penal sobre delitos societarios en el *Codice Civile* (Código Civil), en la parte correspondiente a la regulación de las sociedades mercantiles.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del...*, Ob. Cit., pág. 178-179.

¹⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 162.

“nuevo” derecho y por lo difícil que sería aceptar este nuevo ordenamiento sin tradición jurídica alguna¹⁷⁰.

Por nuestra parte, consideramos más adecuado en función de la metodología propia de la ciencia del Derecho penal, aceptar que los principios tradicionales de la imputación rijan para todas las proposiciones jurídico-penales, nuevas y antiguas. Los nuevos tipos penales al igual que todos los demás tipos penales de la Parte Especial, deben estar sujetos a las mismas reglas y restricciones de la Parte General y de la Constitución española. Recordemos que la ciencia del Derecho penal tiene por objeto el estudio de las normas jurídico-penales y no de otras, la tesis de SILVA SÁNCHEZ propone incluir como objeto de la ciencia del Derecho penal, el tratamiento de proposiciones jurídicas no penales en sentido estricto y, por tanto, debe ser rechazada. El fundamento del rechazo es material y desde dos perspectivas. Primero, porque las proposiciones jurídicas respecto del supuesto de hecho, serían jurídico-penales, porque se trataría de supuestos que atentan gravemente contra los intereses más valiosos de la sociedad, por lo que no se entendería la necesidad de un derecho de dos velocidades. Como consecuencia de lo anterior y, en segundo lugar, porque a pesar de que se deben proscribir estos comportamientos, propone anudar como consecuencia jurídica de la adecuación de la conducta al supuesto de hecho, no una pena, sino una sanción propia de las que se utilizan en el Derecho administrativo, todo, sin justificación material alguna¹⁷¹. Las normas del Derecho penal constituyen proposiciones jurídicas

¹⁷⁰ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: «Viejo y nuevo Derecho penal...», *Ob. Cit.*, pág. 46 y ss.

¹⁷¹ Respecto de la cuestión acerca de la pena que se deba imponer, no existen dudas de que, en determinados supuestos, se debe permitir junto con la imposición de la pena y/o, de manera individualizada pero justificada, la imposición de penas o sanciones próximas al Derecho administrativo, tales como multas, sanciones administrativas para el ejercicio de determinados derechos, etc. Esto es especialmente importante en los supuestos de RPPJ, en los delitos de funcionarios, en los delitos empresariales, en los delitos societarios, etc. En puridad, la pena es una limitación del ámbito de organización, de la libertad de organización, por tanto, desde esta perspectiva se puede permitir la imposición de las penas y sanciones que se utilizan en el Derecho administrativo, con las garantías que derivan del proceso penal. Esto no quiere decir que se acepte que para la imposición de estas sanciones se renuncie a las garantías procedimentales propias del Derecho penal o propiamente del Derecho procesal penal, todo lo contrario, se debe preservar la mejor y mayor fuerza comunicativa del Derecho penal frente a los demás ordenamientos, y al mismo tiempo, la virtud de imparcialidad del proceso penal frente al proceso administrativo.

que establecen los delitos y su consecuencia jurídica: la pena y en determinados supuestos medidas de seguridad¹⁷². Estas proposiciones jurídico-penales tienen relación con la restricción del ejercicio de los más importantes derechos garantizados por la Constitución española y en concreto, con la limitación de uno de los más preciados bienes jurídicos de la moderna configuración de la sociedad: la libertad. Por lo que, no queda otra opción más coherente y segura, que adherirnos a la tesis de GIMBERNAT ORDEIG, sobre la rigidez de la aplicabilidad de los mismos conceptos fundamentales del Derecho penal a este tipo de comportamientos: optar por la regulación única, con respeto a los principios que inspiran y limitan el Derecho penal en la actualidad.

4.4. NUEVOS DELITOS Y SU TÉCNICA LEGISLATIVA

La solución a la que hemos llegado nosotros entiende que la legitimación de los delitos, entre los que se incluyen los que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto porque nosotros hemos demostrado que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales. No obstante, son bienes jurídicos de carácter instrumental de los bienes individuales, porque constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento sin que esto signifique el requisito extremo de funcionalización con los individuales para asegurar su protección. No se requiere una referencia directa o indirecta a los bienes jurídicos individuales, se trata de bienes jurídicos instrumentales y no complementarios, porque no complementan al individual, sino que garantizan su protección, aunque luego se independicen; lo que no significa perder ese carácter instrumental, sino que propiciaría que, en caso de demostrarse la ineficacia para ello, no pudiera mantenerse la justificación del empleo del Derecho penal. Entonces, tal y cómo habíamos afirmado antes, el problema no es de legitimación. Indiferentemente de que es necesario escoger adecuadamente, el problema de selección si se

¹⁷² GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método...*, Ob. Cit., pág. 22.

realiza correctamente, tampoco impide la protección de bienes jurídicos colectivos¹⁷³. Sólo nos queda retomar y zanjar la cuestión de la técnica legislativa.

La técnica legislativa debe procurar la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada¹⁷⁴. La tipificación de la norma penal para que sea correcta, deberá superar los dos niveles de racionalización: jurídico formal y lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que en el momento de aprobarse o de reformarse una ley, aquella guarde armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico. Las normas jurídico-penales deberán estar configuradas en función a la finalidad objetiva de la ley y de los valores que las inspiran. Esto significa lograr que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias y que permita que el Derecho pueda ser observado como un mecanismo de previsión del comportamiento personal y sus consecuencias, esto es, como un sistema de seguridad¹⁷⁵. La racionalidad lingüística tiene como finalidad el garantizar las habilidades comunicativas de las normas, serán irracionales las leyes cuya formulación impida o dificulte la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación¹⁷⁶. En el ámbito de la investigación jurídico-penal, estos dos niveles de racionalidad deben tener como sustrato los conocimientos que la dogmática del Derecho penal, como materia y conocimiento del problema, provee para la construcción de los preceptos. La coherencia de las normas penales exige: a) una correcta e inconfundible manifestación de lo que el legislador ha querido; b) el mensaje debe ser claro e inteligible; y, c) debe guardar estrecha relación con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. Si se cumple con estos requisitos, la proposición jurídico-penal habrá logrado una racionalidad adecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa.

¹⁷³ En el ámbito de nuestra investigación, la tarea de selección se realizó en el apartado respecto del bien jurídico que se protege en los delitos socioeconómicos.

¹⁷⁴ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa...», *Ob. Cit.*, pág. 236.

¹⁷⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Contribución a una teoría...*, *Ob. Cit.*, pág. 32.

¹⁷⁶ Díez RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las...*, *Ob. Cit.*, pág. 97.

El problema con el que nos encontramos en el ámbito de los delitos socioeconómicos (y en muchos otros, porque este problema no es privativo de la realidad jurídica estudiada) está en que muchas veces, no se cumplen con estos requisitos. Algunas ocasiones, no sabemos qué es lo que el legislador ha querido, por ejemplo, el art. 286 bis CP, que prohíbe la corrupción en los negocios, es un tipo penal cuya redacción no coincide con lo que aparentemente dice haber buscado el legislador en el Preámbulo de la ley que sanciona este delito. El segundo requisito, sobre la racionalidad lingüística que impone la necesidad de que el mensaje deba ser claro e inteligible, en algunos supuestos tampoco se cumple, por ejemplo, en el mismo tipo penal de la corrupción en los negocios, la falta de claridad es una nota esencial, que genera confusión y dispares propuestas interpretativas. El tipo penal del art. 301 CP, que regula el blanqueo de capitales, es otro ejemplo patente, en este tipo penal se establecen un abanico pluriforme de conductas y unos elementos típicos que reconducen a la idea de afirmar la responsabilidad sólo por dolo y, aun así, el tipo penal permite la punición de las conductas por imprudencia. En definitiva, son textos que sobresalen por la incoherencia y la imposibilidad de entender con facilidad la materia de la prohibición. Ejemplo de esta cuestión, lo era también el suprimido tipo penal de administración desleal societaria del art. 295 CP, en el que se no se conocía con certeza cuál era el sujeto pasivo del delito porque del texto punitivo ninguno de los sujetos pasivos descritos lo era la sociedad; y tampoco, por esta razón, se sabía cuál era el objeto de la acción, entre otras muchas cuestiones criticables. El último requisito es fundamental, porque la exigencia de identidad con la racionalidad de la dogmática es muy importante. Aquí es dónde los problemas se agudizan, hasta hacer impracticable, determinados tipos penales. Por ejemplo, tipificar un tipo como de peligro abstracto cuando lo propio está en que sea uno de peligro concreto; exigir determinados elementos que ya se encuentran colmados por otros en el mismo tipo penal, v. gr., el ánimo de apropiación en el hurto que el Tribunal Supremo entiende que se encuentra colmado en el dolo; la falta de determinación de los comportamientos típicos que hacen posible la comisión, v. gr., el vigente delito de administración desleal, en el que no se establece con claridad cuáles son los comportamientos típicos, etc.

Sobre las diferentes situaciones mediante las que los tipos penales infringen las reglas de una correcta tipificación o adecuada técnica legislativa, se podría escribir mucho, ese no es el objeto de esta investigación, sino demostrar que efectivamente, respecto del problema en orden a la naturaleza del interés jurídico y el de la técnica de tipificación, lo importante será llegar a un punto que permita mantener siempre el respeto con el principio de lesividad, y esto se logra por ejemplo, entendiendo que todo delito de peligro lo es para el interés jurídico mediato, que subyace al colectivo, que por su parte con la realización de la acción ya resulta lesionado si se entiende la lesión como menoscabo de ciertas condiciones respecto de la situación del interés. Por lo que, en el ámbito de los delitos socioeconómicos, una vez que se acepta su legitimación por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es posible descartar la infracción del principio de lesividad, que tendría lugar por la técnica legislativa utilizada para realizar la tipificación. En conclusión, si se cumple (negativamente) con los requisitos y/o criterios de racionalidad para la tipificación de las normas penales, se corre el riesgo de construir una proposición jurídico-penal irracional e infractora de los principios esenciales del Derecho penal, que incluso una adecuada interpretación típica difícilmente pueda corregir. Sobre esto último, la interpretación de la modalidad de distracción de dinero del antiguo tipo penal de apropiación indebida, es un ejemplo patente.

5. CONCRECIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

En el delito de administración desleal, destaca el hecho de que el ataque al patrimonio (confiado en administración) se realiza por la infracción de las facultades que se otorgaron precisamente, para administrar ese patrimonio. Se infringen las facultades de administración, abusando o excediéndose en el ejercicio de las mismas y como consecuencia se produce un resultado de perjuicio al patrimonio administrado. El ataque se produce porque el autor del

delito, tiene una especial posición jurídica (rol, función) que le obliga a la protección y resguardo del patrimonio administrado¹⁷⁷.

Se puede afirmar, que el legislador penal, con el objeto de proteger los intereses patrimoniales individuales y sociales frente a los riesgos que han surgido de la moderna configuración de la sociedad, ha recurrido a la tipificación del art. 252 CP. Entre los nuevos riesgos que prohíbe la administración desleal, muchos derivan del moderno andamiaje jurídico en el ámbito mercantil-societario. Por lo que la administración desleal, también responde a las nuevas exigencias de protección del capital que se derivan del amplio margen de maniobra respecto del patrimonio social, que ostentan los administradores en ese ámbito. Por lo que se puede concluir que la protección del capital, del patrimonio social, está condicionado por las nuevas estructuras normativas del ordenamiento societario y por las nuevas estructuras administrativas de la organización: división del trabajo, especialización, complementariedad y jerarquía. Todos los tipos penales económicos tienen funcionalmente la misión de garantizar un aspecto concreto del total orden económico¹⁷⁸. Y aunque es cierto que lo que distingue los tradicionales delitos patrimoniales y los delitos contra la propiedad de los delitos contra el orden socioeconómico, es la protección de un bien jurídico supraindividual ya sea de manera mediata o de manera inmediata; esto no significa que en los tradicionales delitos patrimoniales (estafa, apropiación indebida, administración desleal, hurto, robo, etc.) no se proteja de manera mediata el

¹⁷⁷ En la administración desleal, también se observan las consecuencias de las modernas estructuras normativas de la sociedad: el riesgo y la dificultad de imputar en estructuras organizadas. En la administración desleal, también se responde jurídico-penalmente por los actos propios, la cuestión está en que en determinados supuestos son propios también los actos de terceros situados en el mismo nivel jerárquico, como los actos de terceros situados en diferente nivel jerárquico. Por otro lado, la expansión de lo punible en el ámbito de la administración desleal obedece tanto a la nueva interpretación de los tipos penales (existentes o tradicionales) en función de la moderna configuración de la sociedad, así como a una nueva valoración de un interés pre-existente (patrimonio) en relación a la forma de protección de ese interés que, en definitiva, ha condicionado su incorporación a la normativa penal.

¹⁷⁸ Esta es una cuestión que se podría discutir, pero considero que, la regulación del delito de administración desleal, de la apropiación indebida o de la estafa, como tipos patrimoniales tradicionales; así como la regulación de los delitos societarios, como tipos penales nuevos constituyen expresión objetiva de los delitos económicos, porque protegen de manera mediata aspectos concretos del orden económico.

orden económico, porque la protección del patrimonio y de la propiedad es consustancial a la economía de mercado, lo que sucede es que estos comportamientos se realizan sin atacar directamente una de las parcelas normativas del orden económico, mientras que en los segundos, se ataca de manera indirecta o mediata una parte normativa desarrollada de este orden económico, a más del interés individual, y este ataque, es que el propició (*ratio legis*) el surgimiento del delito. El ataque al orden económico se realiza a esta parte del orden económico. Precisamente por eso el carácter novedoso de la proposición jurídico-penal. Porque obedece a nuevos intereses en relación a una moderna o nueva normativa económica.

Esta forma de entender el problema es muy fácil de apreciar en el delito de administración desleal, porque se trata de un tipo penal que protege todo tipo de patrimonios y en este sentido, se trata de un delito económico porque los comportamientos desleales atacan a la garantía de la libertad económica de toda persona, pero que sin embargo, cuando se trata de comportamientos desleales del órgano de administración, se ataca además, un aspecto desarrollado de este orden económico: el ordenamiento societario. Se produce, por ejemplo, un ataque al correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, etc. El orden económico es el bien jurídico mediato de todos los comportamientos desleales punibles en el art. 252 CP. Cuando se trate de los comportamientos desleales del órgano de administración, se ataca a una parcela muy particular de ese ordenamiento: la normativa mercantil-societaria. Por eso no se puede perder de vista que, el delito de administración desleal es un delito patrimonial clásico, pero un delito capaz de lesionar el orden socioeconómico, en algunos casos.

Por lo que, la discusión de la legitimación del Derecho penal en el ámbito de los delitos económicos, es una discusión que atañe también al estudio del delito de administración desleal. Primero habrá que advertir que, para nosotros, la ley penal obtiene su racionalización y justificación porque protege bienes jurídicos. Es preciso reconocer que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos se encuentra en los principios de la Constitución, los delitos únicamente pueden crearse para

amparar bienes jurídicos compatibles con ese ordenamiento. La administración desleal, se convierte en un medio eficaz para lograr garantizar que, mediante la protección del patrimonio en este ámbito, se prohíban hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. El programa normativo en este ámbito está referido a garantizar, sobre todo, la libertad económica, fuente inspiradora del orden económico establecido en el art. 38 CE. En este sentido, es legítimo la protección mediata del bien jurídico colectivo orden económico, porque sin esa protección no se puede garantizar en su conjunto un adecuado ejercicio de los restantes derechos de libertad. La selección del bien jurídico patrimonio como medio para la protección del orden económico en su conjunto es correcta¹⁷⁹.

El problema que tenemos en este nivel se refiere a que, en el ámbito de aplicación del delito de administración desleal, también están comportamientos que se podrían calificar como nuevo Derecho penal. Si se hubiese preferido la opción de tipificar un delito eminentemente societario, nadie duraría en calificar que nos encontramos ante la expresión del moderno o nuevo Derecho penal. Por lo que se debe advertir que, consideramos más adecuado en función de la metodología propia de la ciencia del Derecho penal, aceptar que los principios tradicionales de la imputación rijan para todas las proposiciones jurídico-penales, nuevas y antiguas. Todos los comportamientos de administración desleal de patrimonio ajeno deberán ser imputados en relación a los principios y garantías que constan tanto en la Constitución española como en la Parte General del Código penal.

¹⁷⁹ Esta afirmación surge luego que se ha demostrado que el Derecho penal está legitimado para intervenir en este ámbito del ordenamiento jurídico, y se ha aceptado que el problema más que de legitimación y de técnica legislativa, es también de selección, un problema previamente resuelto en el ámbito de nuestra investigación, porque hemos determinado cual es el concreto objeto jurídico de protección en los delitos socioeconómicos. Importante solución, porque se puede afirmar que esto también constituirá un límite: la selección del bien jurídico condicionará la legitimación del tipo penal en concreto. Por tanto, no se debe proteger aquello que no se encuentre determinado en el orden socioeconómico español. Precisamente este es el punto de encuentro entre el Derecho penal económico y el delito de administración desleal de patrimonios ajenos.

Sobre la cuestión de la técnica legislativa, afirmamos que se debe procurar la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada; se deben superar los niveles de racionalización formal y lingüística; y, la racionalización debe guardar relación con la dogmática jurídico-penal. Precisamente, el incumplimiento de este último criterio, pudiera ser la crítica del tipo penal del art. 252 CP, porque no es posible descartar la infracción del principio de lesividad, que tendría lugar por la técnica legislativa utilizada para realizar la tipificación. La infracción se concretaría en la indeterminación del tipo, porque la administración desleal no establece en concreto y con precisión, cuáles son los comportamientos típicos y cuál es el sujeto activo del delito. Considero que la solución estaría en que de *lege ferenda*, se realice una determinación de estos elementos que no deje resquicio de duda para la interpretación. Por otro lado, indiferentemente, para que se logre una interpretación adecuada desde el principio de legalidad, otra solución está en la interpretación histórico-normativa del tipo y del ordenamiento de referencia. Esta es la opción que hemos escogido y que como podrá observar el lector, es la que ha inspirado la interpretación del tipo, especialmente en el capítulo referido a la tipicidad objetiva. Con estos resultados nos queda pendiente la tarea de establecer cuál es la relación entre la administración desleal y los delitos societarios, entendidos como comportamientos delictivos que acaecen en el ámbito societario.

IV. DELITOS SOCIETARIOS

Habíamos anticipado que la finalidad del capítulo consistía en determinar cuáles son los criterios materiales generales que justifican la persecución penal de la administración desleal desde los presupuestos del Derecho penal económico. Esta tarea ya se ha realizado en relación a los delitos socioeconómicos, entre los que cabe contar a los delitos societarios. Este apartado se dedicará muy brevemente a establecer la relación que existe entre la administración desleal y el ámbito previamente regulado de las sociedades mercantiles, más aún cuando debemos recordar que en el ámbito de nuestra investigación, antecedente legislativo inmediato anterior del art. 252 CP, lo constituye tanto el antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero como el suprimido art. 295 CP, que prohibía la administración desleal específicamente societaria. La desaparición o supresión de éste último tipo penal del CP, puede sustentar la opinión contraria, es decir, que, en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, no se trataría de un comportamiento delictivo societario¹⁸⁰. Por tanto, las explicaciones y desarrollos que a continuación se inician, tienen también, como finalidad fundamentar la afirmación de la que partimos y servirán para descartar que la supresión del art. 295 CP contribuya para interpretar que los ataques al patrimonio societario por el órgano de administración no son (comportamientos que comparten con los restantes que acaecen en este ámbito, la consideración de) un delito societario. En este sentido, se puede vislumbrar que partimos de la siguiente afirmación: el delito de administración desleal es un delito patrimonial clásico, pero un delito capaz de lesionar el orden socioeconómico. Por ejemplo, esto quiere decir que, el delito de administración desleal del art. 252 CP es un delito económico que, siendo un delito patrimonial, es también un delito que acaece en el ámbito societario en los supuestos de intervención del órgano de administración. Ante este marco, por tanto, no se puede perder

¹⁸⁰ Para algunos autores como FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, 2015, pág. 417 y ss., esta observación les permite inferir que tal vez, la eliminación del delito societario de administración desleal no sea un acierto y, por tanto, se debería tipificar un sub tipo específico de administración desleal para estos comportamientos que, por la forma de realización, así como por el ámbito de realización, difieren de la generalidad.

de vista que la administración desleal contemplada en el art. 252 CP es un delito genérico que protege el patrimonio de las personas físicas y jurídicas, es decir que, no discrimina entre personas titulares del patrimonio ajeno. Por tanto, permite también la punición de conductas que atentan contra el patrimonio cuando aquellas tienen como sujeto activo al órgano de administración de una sociedad¹⁸¹, es decir, que en determinados grupos de supuestos nos encontramos ante un delito que afecta al ámbito societario¹⁸², un comportamiento punible

¹⁸¹ Sobre el concepto de sociedad, es importante señalar que nos referimos a la sociedad mercantil. Sin embargo, es importante advertir que fenomenológicamente la probabilidad de imputación de un delito de administración desleal tiene mucho mayor peso respecto de las sociedades de capital (art. 1 TRLSC), de entre estas, la que destaca es la sociedad anónima y de manera especial, la cotizada. Esta opción coincide con el concepto normativo de sociedad que el art. 297 CP aporta. Porque la enumeración de las diferentes formas sociales tiene un carácter ejemplificativo deducible de la fórmula general “cualquier otra entidad de análoga naturaleza”. La protección de la ley penal en el ámbito de los delitos societarios se extiende a todo tipo de personerías jurídicas o formas sociales adoptadas y que operen en el mercado de modo permanente. La protección de la ley penal en el ámbito de la administración desleal se extiende a todo tipo de patrimonio, sin distinguir el tipo de personería o forma social que se adopte en el ámbito de las personas jurídicas. Esta diferenciación es muy importante. Sobre el concepto de sociedad respecto de los delitos societarios, revisar entre otros: RODRÍGUEZ MONTANÉS, T.: *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 111; MATA Y MARTÍN, R.: «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», en *RdS*, núm. 5, 1995, pág. 167; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 48; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, primera edición, Valencia, 1996, pág. 113. Como afirma FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 36, las sociedades pueden ser civiles o mercantiles, sin embargo, el art. 297 CP circunscribe las conductas punibles en el ámbito societario a las realizadas en el marco de una sociedad “mercantil” o de “cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. Por lo que, se podría entender que con la mención de las sociedades mercantiles se deben excluir del ámbito de protección de la norma las sociedades civiles no dedicadas a la realización de actividades mercantiles, ya que las que sí realicen actividades mercantiles están en el concepto penal de sociedad mercantil. Por tanto, cuando el objeto sea mercantil nos encontramos ante una sociedad cuyo patrimonio debe ser protegido (a favor de esta postura, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 51; TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos contra el orden socioeconómico: los nuevos delitos societarios», en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Universidad del País Vasco, edit. ASÚA BATARRITA, A., Bilbao, 1998, pág. 196) y cuando el objeto sea civil ya no se debería proteger ese patrimonio (a favor de esta postura, MANZANARES SAMANIEGO, J.: «Los administradores y altos directivos en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, 1997-1, pág. 289; CASTRO MORENO, A.: «El concepto penal de sociedad en los delitos societarios», en *Jueces para la Democracia*, núm. 31, 1998, pág. 52; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 40). Sin embargo, esta diferenciación ya no es necesaria respecto del art. 252 CP, porque se protegen todos los patrimonios ajenos de los ataques que surjan por parte de quien tiene conferidas las facultades de administración de ese patrimonio: el administrador, siempre que se cumplan todos los demás requisitos típicos.

¹⁸² Esta opinión tiene como trasfondo la consideración del delito de administración desleal como un delito de infracción de deber. Sobre esta consideración y sus resultados, revisar el capítulo sobre la fundamentación del injusto y el capítulo sobre la tipicidad objetiva.

que ocurre en el ámbito societario¹⁸³. En este grupo de supuestos, se podría afirmar que la administración desleal protege de manera mediata aquello que se protege en los delitos societarios, por ejemplo: el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, la relación jurídica orgánico-societaria¹⁸⁴, etc.

El por qué es necesario resaltar que en los casos de administración desleal operada por el órgano de administración nos encontramos ante un delito societario¹⁸⁵, ante un comportamiento delictivo que acaece en el ámbito societario, responde a varias razones metodológico-prácticas.

Primero, desde una perspectiva de lógica jurídica, es indudable que la solución correcta está en definir y clasificar para su mejor tratamiento y comprensión, un comportamiento según su naturaleza jurídica, porque las soluciones deberán tener en cuenta aquello que se haya discutido en ese ámbito por la doctrina científica respecto de esa clase de comportamientos, v. gr., los delitos societarios. Es decir, que la discusión científica en el ámbito de la

¹⁸³ También desde esta perspectiva, se trataría de un delito socioeconómico, sin que quepa afirmar que el carácter de económico del delito, dependa de la consideración de delito societario. Porque indiferentemente de dónde y bajo qué relaciones normativas ocurra el comportamiento típico, siempre nos encontramos ante un delito económico.

¹⁸⁴ Un esbozo de esta cuestión, en este capítulo, en el apartado sobre los delitos societarios. Este apartado se justifica, además, por cuanto podría surgir la posibilidad de entender que estos intereses son los que de manera inmediata se protegen en este grupo de supuestos, por lo que es obligada esta referencia, para descartar de plano esta posibilidad. Revisar nuestra posición al respecto, en el capítulo sobre el bien jurídico.

¹⁸⁵ Para TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PG y PE, pág. 395 y ss., esta cuestión es importante. Precisamente por esta razón realiza un estudio particularizado de los comportamientos de administración desleal societaria, punibles por el delito genérico del parágrafo 266 StGB. Textualmente afirma lo siguiente: *“La aplicación del delito de administración desleal (§266 CP) a los fenómenos jurídico-societarios afecta hoy en día, ante todo, a tres ámbitos de problemas: la retirada del patrimonio de la SRL con acuerdo de los socios, la concesión de crédito por parte de los bancos sin suficientes garantías o control de la solvencia del deudor y los pagos de cantidades exageradamente elevadas a administradores y miembros del consejo de administración o la utilización de grandes sumas en sponsoring”*. Esto también se puede inferir desde los conceptos de criminalidad de empresa que maneja la doctrina mayoritaria. Por ejemplo, SCHÜNEMANN, B: «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en ADPCP, t. XLI, fasc./ mes 2, 1988, pág. 529, afirma que, la criminalidad de empresa es la suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa, en aquella, contra aquella, por aquella o por los miembros de aquella. Desde esta perspectiva, la administración desleal cometida por el órgano de administración, es un caso de criminalidad de empresa cometida por los miembros de aquella.

administración desleal societaria, es trasladable (con matices) respecto de la nueva administración desleal de patrimonios ajenos.

En segundo lugar, precisamente por lo anterior, si se califica adecuadamente el comportamiento, todo el tratamiento jurisprudencial que sobre la materia se haya realizado podrá ser trasladable (también con matices) respecto de la nueva regulación. Por ejemplo, tanto la doctrina jurisprudencial de la modalidad de distracción de dinero como la del suprimido art. 295 CP, podrá ser utilizada para la aplicación del nuevo art. 252 CP, pero siempre en función de los elementos materiales que sean trasladables a efectos interpretativos y en los supuestos en los que quepa. También, en lo referente al comportamiento típico y al autor del delito, porque en estas materias la interpretación histórico-normativa es una necesidad ante la cierta indeterminación típica de estos elementos.

En tercer lugar, como un sector de la doctrina había mantenido que lo que se protegía inmediatamente en el suprimido art. 295 CP no era el patrimonio, sino un bien jurídico colectivo y en este sentido, se trataba de un delito societario que protegía de manera inmediata un concreto aspecto del orden económico, se vuelve urgente entender correctamente la racionalidad del nuevo delito, para que la interpretación no produzca equívocos, o mejor, para que los criterios que se aduzcan sean trasladables para la interpretación del nuevo tipo penal, se haga en relación a aquello que materialmente quepa según la finalidad objetiva de la norma y la literalidad del texto. Por lo que entender adecuadamente la relación que se da entre la administración desleal del art. 252 CP y los delitos societarios, cuando el sujeto activo es el órgano de administración, es fundamental para establecer correctamente cuál es el bien jurídico inmediatamente protegido.

En cuarto lugar, no es menos importante señalar que resultará mucho más fácil o menos problemático, tanto para los jueces como para los demás operadores jurídicos, entender y explicar estas cuestiones desde la doctrina científica, porque permitirá un mejor encauzamiento de las soluciones. Todo esto, nuevamente, como requisito para sostener que la persecución penal de

todos los comportamientos desleales punibles por el art. 252 CP, entre los que se incluyen los del órgano de administración, están perfectamente justificados desde la perspectiva del Derecho penal económico y, de una correcta y moderna política criminal que aparezca como parte de las finalidades rectoras del tipo en concreto¹⁸⁶.

1. DEFINICIÓN DE LOS DELITOS SOCIETARIOS: ESPECIAL REFERENCIA AL LUGAR DE COMISIÓN, Y SU RELACION CON LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL¹⁸⁷

Por delitos societarios¹⁸⁸ debemos entender un conjunto de hechos prohibidos cuya característica común es haberse cometido en el seno de una

¹⁸⁶ Sobre este punto de partida, ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 217 y ss. Este autor sostiene que las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico. Ya antes este autor había puesto de manifiesto esta necesidad, en ROXIN, C.: *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, Ed. Bosch, traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F., 1972, pág. 33 y ss.

¹⁸⁷ La pregunta que surge inmediatamente al observar el nombre de este epígrafe y sus desarrollos está en determinar qué sentido tiene el tratamiento de esta cuestión respecto de la investigación, o qué repercusión tiene la consideración de delito societario a la administración desleal cometida por el órgano de administración. Para lo que diremos que no es una cuestión intrascendente, porque la administración desleal que se cometa en el ámbito societario tiene unas especificidades fenomenológicas y normativas propias que la convierten en una conducta radicalmente distinta de todas las otras posibilidades de configurar la tipicidad en el art. 252 CP. Por tanto, desarrollar y contestar esta cuestión no es baladí. Además, la LO 1/2015 de 30 de marzo que reforma el Código penal, suprime el art. 295 CP, sin embargo, en este ámbito ha existido investigación científica y jurisprudencia sobresaliente que debe ser rescatada para entender y resolver de mejor manera los problemas que se suscitan alrededor de la aplicación práctica del delito de administración desleal cometido por el órgano de administración, que por su carácter, merece la mayor atención por parte de la Ciencia del Derecho penal y de la Administración de Justicia, sobre todo al constatar que es un delito cuyas repercusiones en el ámbito socio-económico, político y cultural, son verdaderamente gravitantes y perjudiciales, baste recordar los casos enjuiciados en los últimos tiempos y en los no tan últimos. Por último, en el ámbito científico, necesariamente vinculado a la práctica, construir la imputación jurídico-penal de un delito sin atender a las especiales características del propio tipo penal y al ámbito en el que el hecho se realiza, equivale a tirar dardos con los ojos tapados, lo que conduce en definitiva a reducir las posibilidades de acierto, aunque quien tire los dardos posea una gran destreza.

¹⁸⁸ Los apartados que se inician tienen la finalidad de explicar (brevemente) en qué consisten los delitos societarios y qué es lo que aquellos protegen, para coadyuvar en un mejor entendimiento

sociedad mercantil, en el mundo de hoy muy especialmente, en una sociedad de capitales, por aquellos que detentan el control de la misma, en su calidad de administradores o de socios, que poseen una mayoría de control real o ficticia, atentando de manera grave contra el correcto funcionamiento de la sociedad o contra el patrimonio de ésta, en perjuicio de la empresa, de los socios o de terceros¹⁸⁹. Por tanto, se podría afirmar que más que hablar de delitos societarios, lo que se constata es la existencia de delitos cometidos en el ámbito societario¹⁹⁰. Llegamos a la conclusión de que son las sociedades mercantiles y en especial las sociedades de capital, los ámbitos donde se realizan estos tipos de hechos¹⁹¹, en este sentido, se verifica que el contenido de los delitos societarios se encuentra estrechamente vinculado con el significado y la función que desempeñan en las sociedades modernas las sociedades mercantiles y dentro de aquellas los órganos de administración¹⁹² y control, por tanto, es necesario partir de una adecuada delimitación. Lo característico está en que el hecho se produce y concreta en una sociedad, pero no por la sociedad. La sociedad es la víctima.

El ámbito normativo de aplicación de estos delitos exige que la comisión de los hechos se realice en el seno de una sociedad¹⁹³, y por tal se

respecto de la punibilidad de los comportamientos desleales del órgano de administración y justificar, también desde esta perspectiva, la persecución penal de aquellos comportamientos aunque en el marco del art. 252 CP. Empezaremos por averiguar qué sentido tiene su ubicación sistemática y cuál es el objeto jurídico de protección de aquellos, porque considero que de aquí pueden surgir puntos de contacto con el objeto de nuestra investigación. Antes nos introduciremos brevemente en los orígenes de la regulación.

¹⁸⁹ VERA RIVERA, A.: *Aspectos generales y comunes de los delitos societarios. Estudio del delito de abuso de mayorías en los órganos societarios (Artículo 291 del Código penal)*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2010, pág. 53.

¹⁹⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S., CORCOY BIDASOLO, M., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., GALLEGO SOLER, J., GÓMEZ MARTÍN, V., HORTAL IBARRA, J.: *Manual práctico de Derecho penal parte especial*, doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados, Ed. Tirant lo Blanch, dir. CORCOY BIDASOLO, M., segunda edición, Valencia, 2004, pág. 654.

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 536.

¹⁹² SUÁREZ GONZÁLEZ, C. «Delitos contra el...», *Ob. Cit.*, pág. 832.

¹⁹³ El concepto penal de sociedad requeriría una fundamentación más extensa, sin embargo, como esta particularidad no repercute en el ámbito de aplicación de la administración desleal del art. 252 CP, porque este tipo penal no realiza ninguna discriminación respecto del titular del patrimonio, no realizaremos un estudio de esta cuestión.

entiende lo que dice el propio CP¹⁹⁴. Los delitos societarios no son casos de criminalidad de empresa sino de criminalidad en la empresa¹⁹⁵, las conductas se realizan en el seno de la empresa¹⁹⁶. Nos encontramos frente a delitos realizados en una sociedad contra sus propios intereses o los de sus socios, acreedores o terceros¹⁹⁷, en atención a los comportamientos realizados por quienes detentan posiciones orgánicas en la persona jurídica¹⁹⁸. Además, los delitos societarios se insertan en el ámbito de los delitos socioeconómicos¹⁹⁹, porque como hemos afirmado antes, de manera mediata se protegen determinadas parcelas del orden económico.

En el Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Capítulo VI. De las defraudaciones, Sección 2. De la administración desleal, art. 252 CP, se determina que será punible y de este modo, cometen delito de administración desleal, *“los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”*²⁰⁰. Sin que quepa en este momento un

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 537.

¹⁹⁵ De acuerdo en identificar los delitos societarios como supuestos de criminalidad en la empresa, encontramos a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico*, Parte Especial, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 175; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «De los delitos societarios», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, t. II, Madrid, 1997, pág. 3001; GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Curso de Derecho penal español*, Ed. Marcial Pons, dir. COBO DEL ROSAL, M., 1996, pág. 828; MATA Y MARTÍN, R.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 167.

¹⁹⁶ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., pág. 622.

¹⁹⁷ Especialmente en los supuestos de reestructuración empresarial en el que los perjudicados por los comportamientos de una sociedad no se encuentran relacionados sino en función de la propia modificación, acreedores de la sociedad absorbida perjudicados por un comportamiento desleal o por el falseamiento de balances de los administradores de la sociedad absorbente.

¹⁹⁸ CARDONA TORRES, J.: *Derecho penal parte especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 324.

¹⁹⁹ MORALES PRATS, F.: «Los delitos societarios», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Ed. Arazandi, dir. QUINTERO OLIVARES, G., novena edición, Navarra, 2011, pág. 959.

²⁰⁰ En relación a lo que señala FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Los delitos societarios en el Código penal español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 105, es importante anticipar que, así como pretender ubicar y determinar sin más, el bien jurídico de un específico tipo penal, en función de su ubicación sistemática, sería precipitado, y como bien opina, BAJO FERNÁNDEZ, «La Constitución económica española y el Derecho penal», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*,

análisis pormenorizado del tipo, porque la tarea está reservada para más adelante, anticipamos que en este texto punitivo cabe con obviedad meridiana la administración desleal del órgano de administración²⁰¹. Se puede agregar que el propio legislador, en el Preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo, ha expresado que *“la reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal”*, pero sobre todo (y esto es lo que interesa en el apartado que nos encontramos desarrollando), está referida a una administración desleal *“que no es sólo societaria”*, y que, por este motivo, se ubica *“entre los delitos patrimoniales”*. Por nuestra parte, nosotros diríamos que la administración desleal genérica incluye en su ámbito de aplicación, la administración desleal societaria, y así, este tipo de comportamientos desleales constituirían un específico delito (cometido en el ámbito) societario. Esta consideración no debe ser entendida como que en la práctica existen contenidos en el art. 252 CP dos diferentes tipos penales, sino que en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, si se considera que nos encontramos ante un delito (cometido en el ámbito) societario, deberán resolverse los problemas de imputación en función de esta concreta previsión: específico autor típico, formas en que se realiza la infracción de las facultades para administrar el patrimonio ajeno, modalidades de comportamientos que harían posible un perjuicio patrimonial, etc., lo que obliga a atender al Derecho mercantil. Además, hará posible que se considere como válida la jurisprudencia y la investigación que en este ámbito se ha realizado, sobre todo en lo referente

algunos problemas científicos, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pág. 175 y ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Ed. Akal, Madrid, 1988, pág. 11, sería también erróneo, nosotros afirmamos que, pretender afirmar la naturaleza de un determinado tipo penal en función de su ubicación sistemática (únicamente), sería por lo menos discutible y precipitado. De este modo, lo mismo que se afirma respecto del bien jurídico, debe afirmarse sobre la naturaleza del tipo penal: la ubicación sistemática nos da una referencia a ser tomada en cuenta, más no será concluyente. Será necesario atender al texto de la norma, y a su concreto ámbito de aplicación, para una vez indagado lo anterior comparar con lo que es un delito societario y determinar si en los supuestos de administración desleal del órgano de administración nos encontramos o no ante un genuino delito societario o por lo menos a la determinación de que el art. 252 CP no excluye esta posibilidad. Partiremos de la premisa que acepta que en el ámbito de aplicación del art. 252 CP, caben los comportamientos de administración desleal del órgano de administración.

²⁰¹ Por lo que, lo que toca ahora es determinar en relación con la construcción previamente realizada sobre lo que es un delito económico y entre estos los societarios, si este grupo de supuestos, puede también ser considerado un delito societario.

a la determinación de la posición de garante, etc. Aunque se sostenga que no es necesaria la consideración de los supuestos de administración desleal del órgano de administración como delito (cometido en el ámbito) societario, para que sean trasladables todas estas soluciones, para nosotros es preferible, un discurso en el que se afirme que en efecto son trasladables, primeramente, porque se trata de supuestos de comisión de delitos en el seno de la empresa; en segundo lugar, porque desde la perspectiva de la lógica-jurídica, es correcto; y, tercero, porque es discursivamente mucho mejor respecto de la correcta aplicación de estos criterios por parte de la jurisprudencia. Fundamentaremos esta postura en los siguientes párrafos.

Diremos primeramente que por delitos societarios debemos entender, un conjunto de hechos prohibidos cuya característica común es haberse cometido en el seno de una sociedad mercantil²⁰². Los hechos prohibidos son ejecutados por aquellos que detentan el control de la misma, en su calidad de administradores o de socios, que poseen una mayoría de control real o ficticia, atentando de manera grave contra el correcto funcionamiento de la sociedad, porque los instrumentos que el ordenamiento jurídico mercantil-societario prevé para su adecuada funcionalidad, se utilizan para realizar un ataque contra el patrimonio de ésta (mediante la infracción de las facultades otorgadas para administrar el patrimonio ajeno, excediéndose en el ejercicio de las mismas), en perjuicio (directo) de la empresa, (e indirecto) de los socios o de terceros²⁰³. Nos encontramos frente a delitos realizados en una sociedad contra sus propios intereses o los de sus socios, acreedores o terceros, en atención a los comportamientos realizados por quienes detentan posiciones orgánicas en la persona jurídica²⁰⁴.

Por tanto, en los delitos societarios, los patrimonios individuales no se protegen en virtud de meros intereses patrimoniales particulares, sino en

²⁰² Dadas las actuales condiciones del tráfico mercantil o mejor, de las vigentes relaciones comerciales en general, muy especialmente, en una sociedad de capitales.

²⁰³ VERA RIVERA, A.: *Aspectos generales...*, Ob. Cit., pág. 53.

²⁰⁴ CARDONA TORRES, J.: *Derecho penal parte especial...*, Ob. Cit., pág. 324.

consideración a intereses colectivos o supraindividuales, por lo que mediante la lesión o puesta en peligro del patrimonio individual, las conductas delictivas colocan también en peligro el orden económico en sentido amplio, que se concreta en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles (respecto del art. 290 CP, además, se vulnera la funcionalidad del documento mercantil)²⁰⁵. De este modo, los delitos societarios pretenderían sancionar jurídico-penalmente, las conductas que impidan u obstaculicen el cumplimiento de las funciones que a las sociedades corresponden en la economía constitucionalmente protegida: la economía (social) de mercado. Desde esta perspectiva, no sería difícil justificar la calificación de delito societario de los comportamientos de administración desleal del órgano de administración, porque en este ámbito es en donde se podrían producir ataques de mayor envergadura al ordenamiento jurídico que regula el ámbito societario y a la sociedad mercantil en sí. El ataque que reviste mayor gravedad al correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, es punible a tener del art. 252 CP. Los comportamientos del órgano de administración que realicen el tipo, son supuestos de delitos societarios, delitos cometidos en el ámbito societario. Por ejemplo: se protegería el patrimonio de manera inmediata, mas de manera mediata o en función de la finalidad objetiva de la ley, se protegería el correcto funcionamiento de la sociedad mercantil en la economía, para garantizar la economía de mercado constitucionalmente protegida. Esta es una explicación que coincide con la moderna estructura de la sociedad, de la que ha derivado una modernización del ordenamiento societario y de las formas en que se organizan las estructuras complejas. Es una explicación coincidente con los motivos político-criminales que el propio legislador ha señalado en la ley que incorpora este delito. También es una explicación que coincide con las exigencias individuales y sociales de quienes se ven perjudicados por este tipo de comportamientos: inversionistas, ahorradores, consumidores, etc. Por otro lado, si los delitos societarios son conductas que comparten entre sí la

²⁰⁵ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 44. Desde una posición distinta y bastante original, PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito de falsedad en los documentos sociales del artículo 290 del Código penal*, Tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, pág. 238, sostiene que, en este delito, se protege únicamente, la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación.

circunstancia de haberse cometido por la administración²⁰⁶ de una sociedad así como en el órgano máximo de control, por la Junta General (abuso de posición mayoritaria, mayorías ficticias, etc.)²⁰⁷, se puede afirmar que estos comportamientos delictivos constituirían una grave violación de los deberes confiados legal o contractualmente o un abuso de los poderes que se detentan en función de la posición que se ocupa en aquella, con perjuicio de los socios, de la sociedad o de terceros²⁰⁸. En este sentido, tampoco sería difícil justificar que los comportamientos desleales realizados por el órgano de administración, son un delito societario, en la medida que también estos, constituirían infracciones que se comenten por un órgano societario, en el ámbito de las facultades otorgadas por la ley e infringiendo los deberes que informan, estructuran y dotan de especial contenido a la institución jurídica denominada órgano de administración.

Por otra parte, si los delitos societarios son aquellos que requieren para su consecución, o para la ejecución del delito, o para concretar el ataque al bien jurídico, la utilización como medios comisivos de instrumentos de la vida económica protegidos por el ordenamiento jurídico, tales como balances y estados contables y financieros, la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad en el marco de la relación jurídico-orgánica administrador-sociedad, etc., no sería difícil entender, que la administración desleal del órgano de administración, es también un delito societario, porque utiliza como medio comisivo directo, la infracción de los deberes de los administradores, e indirecto la utilización de los instrumentos y herramientas que la normativa societaria ha establecido para la consecución de fines lícitos, precisamente para realizar todo lo contrario: un perjuicio patrimonial vía infracción de los deberes y utilizando el entramado societario para muchas veces lograrlo y una vez logrado, ocultarlo. Reiteramos que no es que se defina un hecho prohibido

²⁰⁶ STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma del Derecho penal económico español*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pág. 55.

²⁰⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios. El Derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Ed. Akal, Madrid, 1987, pág. 38.

²⁰⁸ PEDRAZZI, C.: «El bien jurídico protegido...», *Ob. Cit.*, pág. 289.

perteneciente al Derecho penal económico en función de la utilización de estos medios. El criterio diferenciador lo constituye el objeto jurídico de protección, ahora, la utilización de estos medios o el ataque por estos medios al bien jurídico constituye un carácter destacable. Sobre el objeto jurídico inmediatamente protegido, afirmamos que se trata del mismo en todos los supuestos de administración desleal del art. 252, el patrimonio. Esta opción será fundamentada en detalle en el capítulo sobre el bien jurídico.

Para abundar en lo anterior (que considero es fundamental en esta argumentación), si se sostiene que la característica fundamental del delito societario se encuentra en exclusiva en que el sujeto realiza el hecho en el seno de una sociedad²⁰⁹, en este sentido²¹⁰, esto implica, la utilización del ámbito (jurídico) societario como “*sitio*” ideal para su desarrollo²¹¹, en la medida que la libertad de acción otorgada al ámbito de organización de las sociedades mercantiles, especialmente las sociedades de capital, les permite actuar con cierta facilidad y con una amplia gama de medios para lograr sus fines, confundidos generalmente con el interés social. Los comportamientos desleales típicos del órgano de administración, se realizan bajo la protección y autorización de las facultades que el ordenamiento mercantil-societario ha incorporado al ámbito de organización del órgano de administración y fundamentalmente por esta razón, por ser un grave quebrantamiento de los deberes que le incumbían para la protección precisamente de aquello que ataca y vulnera, se reprimen estas conductas, que se pueden considerar en definitiva como un genuino delito (cometido en el ámbito) societario. Con todos estos

²⁰⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., POLO VEREDA, J.: *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 25.

²¹⁰ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en *La administración desleal*, Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Madrid, 1999, pág. 20. Aquí se destaca que lo societario es sólo un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito (la sociedad mercantil), el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito. Los delitos societarios abarcan, pues, delitos mediante la sociedad mercantil, delitos en la sociedad mercantil y delitos contra la sociedad o sus socios.

²¹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», en *ADPCP*, t. XXXVII, 1984, pág. 682.

elementos, estamos en condiciones de establecer los puntos normativos de contacto para la justificación de la persecución penal de los comportamientos desleales del órgano de administración punibles por el art. 252 CP y, además, determinar ciertas pautas que, al momento de la interpretación típica, se deben tener en cuenta.

2. EL ORDEN SOCIETARIO Y LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: PAUTAS PARA INTERPRETAR LOS ELEMENTOS TÍPICOS

Hemos afirmado antes que, en la sociedad del riesgo, el discurso sobre estos nuevos daños con ocasión de la no contención de los nuevos peligros, es predicable respecto de la actuación empresarial. Por tanto, es un discurso trasladable al entorno societario, porque la sociedad de personas depende actualmente en gran medida de lo que sucede en este ámbito. Se trata de un sector del ordenamiento y de la realidad social en la que los ataques se observan no sólo físicamente en la naturaleza, sino que se pueden apreciar a nivel comunicativo en la sociedad, porque en definitiva de lo que se trataría es de resaltar que se contrarían las normas en la que se fundamenta aquella. En este sentido, respecto de la administración desleal ha sucedido algo interesante, porque es un delito económico que no es nuevo. Ciertamente es que en el ordenamiento jurídico español no ha existido una figura similar²¹², porque no se había tipificado jamás la administración desleal de patrimonios ajenos de manera autónoma, sino sólo una administración desleal específicamente societaria cuya tradición se remontaría, si se cuentan los proyectos legales que la incluían, a no más de tres décadas. Sin embargo, siempre ha existido una modalidad de distracción de dinero junto a la de apropiación en el tipo penal de la apropiación indebida. Aunque, la interpretación de esta modalidad se remonte a escasos 20 años. Además, se corrobora la existencia de esta figura delictiva con una larga tradición histórica en los ordenamientos de otros

²¹² Sobre los antecedentes de este tipo penal, revisar el capítulo sobre la explicación de la positivización de la administración desleal.

Estados, como el alemán. Por lo que, el tipo penal de administración desleal, es un tipo antiguo que viene a resolver problemas nuevos.

En este sentido, la expansión del Derecho penal respecto de la administración desleal opera en función de la nueva interpretación del tipo penal, en relación a la moderna configuración de la realidad social. Por ejemplo, los comportamientos de administración desleal del órgano de administración, son punibles mediante un tipo penal que históricamente fue pensado para la protección del patrimonio ajeno sin contar con la protección de la relación jurídica orgánico-societaria entre administrador y titular del patrimonio administrado, entre órgano de administración y sociedad. Es relevante señalar que el legislador español sí que ha pensado en esta realidad jurídico-social moderna, porque en el Preámbulo de la LO 1/2015, estos casos constituyen uno de sus ejes principales. Lo importante está en observar que esta opción legislativa responde al hecho de que la actual configuración de la sociedad tiene como centro el mercado, y este a su vez a la empresa o sociedad mercantil. La sociedad actual ha sido construida sobre los pilares del liberalismo político y económico, un liberalismo que en su concepción original²¹³ no tiene límites, y que muy a pesar de las correcciones y ajustes que

²¹³ En general todos atribuyen la paternidad del liberalismo (político) a LOCKE, J., tanto así que CRANSTON, M.: «JHON LOCKE and Government by consent», en *Political ideas*, Ed. Penguin Books, dir. THOMSON, D., Baltimore, 1969, pág. 67, lo considera como uno de los fundadores de la civilización occidental moderna y de la burguesía industrial, y esto es cierto porque sus escritos (*Two Treatises of Government*, publicados en 1689 por la Ed. Awnsham Churchill) sirvieron de soporte para el ascenso al poder político por parte de la burguesía inglesa (y en general europea). LOCKE sostiene que el estado de naturaleza “es la convivencia de los hombres conforme a la razón sin un ser superior común sobre la tierra con autoridad para juzgar entre ellos” (en *Segundo tratado de gobierno*, Ed. Ágora, Buenos Aires, 1959, pág. 40) por lo que el estado natural es un estado de libertad e igualdad, y añade que “todos los hombres se hallan en ese estado y continúan así hasta que por su propio consentimiento se hacen miembros de alguna sociedad política”. LOCKE es uno de los prominentes teorizadores del contrato social. Por otro lado, el liberalismo económico surge propiamente en el siglo XVIII como doctrina que propugna la mínima interferencia del Estado en la economía. Como afirma VON MISES, L.: *La acción humana*, Tratado de economía, Ed. Unión Editorial, cuarta edición, Madrid, 1986, pág. 408, sin que quepa afirmar que hasta ahora, de forma plena y pura, se haya aplicado la economía de mercado, también resulta incontestable que, a partir de la Edad Media, prevaleció en Occidente una tendencia a ir paulatinamente aboliendo todas aquellas instituciones que perturbaban el libre funcionamiento de la economía de mercado. En VON MISES, debemos entender, como fundamento de la economía de mercado (y algunas veces propiamente economía de mercado) la propiedad privada de los medios de producción, quien agrega que la civilización de manera indefectible va unida a la propiedad privada. Sostiene que la economía de mercado (la propiedad privada) es la táctica que ha permitido al hombre

el propio sistema ha ido exigiendo para su mantenimiento (paradigmático la incursión keynesiana), la actual configuración de la sociedad tiene como centro el mercado, y este a su vez a la empresa (el término empresa debe ser entendido como sociedad mercantil)²¹⁴. Hoy casi todas las relaciones económicas se realizan a través de sociedades mercantiles, porque incluso, en las transacciones operadas por los consumidores como agente económico distinto de las sociedades mercantiles²¹⁵, se puede observar que el grueso de sus transacciones, las realizan con aquellas²¹⁶. Dentro de las formas legales de las sociedades mercantiles, las que mayor relevancia posee, son las sociedades de capital, la razón es la misma, su peso en las transacciones y su aportación al PIB de una economía es incuestionable.

Pero en este discurso ¿dónde aparece la administración desleal? Es sencillo, la estructura societaria depende de una conexión entre variables, que es necesariamente divergente: el titular del patrimonio y quien lo administra, serán siempre ámbitos de organización diferenciados. Esta es la condición que vuelve relevante este concreto grupo de supuestos de administración desleal. La gran cantidad de posibles situaciones en las que el órgano de administración

prosperar triunfalmente desde el primitivo salvajismo hasta alcanzar la actual condición civilizada.

²¹⁴ VON MISES, L.: *La acción humana...*, Ob. Cit., pág. 1001-1007. Este autor, para explicar el origen histórico del socialismo (como corrección teórica o planteamiento teórico sustitutivo del modelo capitalista), nos dice que, los pensadores clásicos, al momento de enfrentarse con la antagónica relación entre el egoísmo de los particulares y el interés social personificado por el Estado, solían defender la causa de su propio modelo ideal de gobierno, con lo que dieron por supuesto que en el Estado estaba encarnado el interés de la colectividad. El poder público, sería el encargado de controlar la ilimitada codicia de sus súbditos y de este modo, promovía el bienestar general a costa de sacrificar los intereses egoístas de los particulares. El problema era que los propios filósofos liberales estaban alimentando, sin querer, la absolutización del poder estatal.

²¹⁵ PINDYCK, R., RUBINFELD, D.: *Microeconomía*, Ed. Pearson, séptima edición, trad. y rev. técnica ROBASCO E., TOHARIA, L., Madrid, 2009, pág. 76. Existe toda una teoría para describir cómo los consumidores asignan su renta (ingresos) a los diferentes bienes y servicios para maximizar su bienestar, esta teoría se denomina: teoría de la conducta de los consumidores. Su estudio se fundamenta en tres cuestiones: las preferencias de los consumidores, sus restricciones presupuestarias y, las elecciones que ellos efectivamente realizan. Nos encontramos en el lado de la demanda.

²¹⁶ GARCÍA CAVERO, P.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., pág. 323, quien pone de relieve que la sociedad mercantil ha desplazado al comerciante individual en su papel hegemónico dentro del mercado.

puede adecuar su conducta al tipo penal de administración desleal. Este condicionamiento fáctico-normativo ha permitido vislumbrar (y de este modo ha condicionado la aparición de los límites normativos), que en las relaciones entre estos concretos y diferenciados ámbitos de organización, titular del patrimonio administrado y administrador, es necesario establecer límites normativos que aseguren que confiar el patrimonio propio a un tercero distinto, es una actividad que se enmarca en el ámbito de los riesgos o peligros permitidos o mejor en los riesgos o peligros que se encuentran de algún modo, normativamente asegurados y controlados. Todo este marco teórico-analítico, forjado en relación a los diferentes apartados de este capítulo y en función de la *ratio legis*, la ubicación sistemática, el bien jurídico y la fenomenología de los delitos económicos y societarios, nos permite señalar que entre las razones político-criminales que justificarían la persecución penal de la administración desleal²¹⁷, punible por el art. 252 CP, encontraríamos las siguientes:

a) UNA DE CARÁCTER DOGMÁTICO MATERIAL:

“Insuficiencia de la apropiación de cosas para proteger el patrimonio ajeno”.

Esta razón, justifica en realidad la aparición de la administración desleal en general. Sin embargo, es mucho más patente cuando nos colocamos frente a los importantes casos de administración desleal (societaria) que el Tribunal Supremo enjuició para configurar la interpretación jurisprudencial de la administración desleal en la modalidad de distracción de dinero²¹⁸, constante en el antiguo art. 252 CP, que regulaba el delito de apropiación indebida.

²¹⁷ Entre las que destaca la del órgano de administración de una sociedad mercantil, de una sociedad de capitales.

²¹⁸ Por ejemplo, entre otros: Caso Argentinia Trust, STS de 26 de febrero de 1998; Caso Banesto, STS de 29 de julio de 2002; Caso KIO, STS de 2 de febrero de 2004.

b) UNA DE CARÁCTER SOCIAL-FUNCIONAL:

“Necesario reflejo de una de las fases del moderno proceso económico para la asignación de capitales”.

1) Necesidad de capital para el funcionamiento de la economía: la economía en su conjunto, por tanto, el Estado, las personas físicas y las sociedades mercantiles, requieren de capital para poder cumplir con su objeto social (superávit o rentabilidad, según el caso, sea una entidad pública o una empresa privada);

2) Exigencia de protección de los propietarios del capital: los inversionistas o capitalistas, exigen niveles adecuados de protección del capital que han entregado, para poder confiar en el sistema, lo que en definitiva implica destinar recursos a la economía siempre que aquella asegure de algún modo a esos recursos;

3) La rentabilidad como una exigencia propia de la economía de mercado: la economía en general, es una economía de mercado, aunque algunos se muestren reacios en aceptarlo, por lo que, lo interpretable no es esta cualidad de la economía, sino su apertura hacia el mercado (proteccionismo vs liberalismo), entonces, por las exigencias propias del sistema, para lograr una mejor y mayor rentabilidad, el capital exigirá siempre habilidades y destrezas de quien pueda garantizar de algún modo, resultados óptimos: rentabilidad o superávit; y,

4) Las habilidades empresariales como medio de producción: en la actual configuración de las relaciones económico-sociales, es indiscutible que las habilidades empresariales de los administradores, se han convertido en un medio de producción y, de los más importantes. Esto significa que su actuación influye en la función de producción. Así, por su preparación o experiencia, permiten reducir las expectativas de fracaso y de inadecuada utilización de los recursos económicos. Esto es funcionalmente trasladable al ámbito normativo: las habilidades empresariales también garantizan de algún modo, la contención

o control de riesgos jurídicos entre los que cabe contar, los riesgos o peligros jurídico-penales.

c) UNA DE CARÁCTER NORMATIVO:

“Establecimiento de los límites normativos a la libertad de organización de los administradores”.

Las exigencias del sistema económico-social, han consolidado una juridificación de las relaciones económicas tal, que como hemos afirmado antes, se establece una divergencia entre el titular del patrimonio y quien lo administra, por lo que serán siempre ámbitos de organización diferenciados. Esto a su vez, hace surgir la necesidad de colocar límites a la libertad de organización de quien debe administrar el patrimonio ajeno. Uno de estos límites objetivos, lo constituye el delito de administración desleal.

Con estos elementos de justificación²¹⁹, en el próximo capítulo, teniendo presente las conclusiones a las que hemos llegado en este capítulo,

²¹⁹ Y una vez alcanzada la respuesta sobre por qué consideramos que los comportamientos de administración desleal cometido por el órgano de administración son también un delito societario y en este sentido, un delito económico, o por lo menos que su regulación en el art. 252 CP no excluye que lo sea, no se puede descartar que desde una perspectiva de la lógica-jurídica, sea correcto clasificar y ubicar para su mejor tratamiento y comprensión, este tipo de comportamientos en relación a su naturaleza jurídica como un delito (cometido en el ámbito) societario. En este sentido, el discurso sobre el problema y sus soluciones deberán tener en cuenta aquello que se haya discutido en ese ámbito, en el ámbito de la doctrina científica de los delitos societarios, de la administración desleal específicamente societaria y de la administración desleal de dinero ajeno. Es preciso recalcar que, aunque esto sea correcto, los aportes se deben utilizar sin olvidar que el tipo rector es el nuevo art. 252 CP y en relación a esta norma que abarca mucho más que los antiguos 252 y 295 del CP, se debe realizar la interpretación correctora y restrictiva. Es decir, que la discusión científica y jurisprudencial que en el ámbito de la administración desleal (antiguo art. 252 y el suprimido art. 295 del CP) se haya realizado, es trasladable efectuando matizaciones respecto de la nueva administración desleal de patrimonios ajenos. Como habíamos anticipado, esto será fundamental al momento de interpretar los elementos de la tipicidad, especialmente en lo referente al comportamiento típico y al autor del delito, porque debemos tener presente que, en estas materias la interpretación histórico-normativa es una necesidad ante la indeterminación típica de estos elementos. Finalmente, tanto para la doctrina, como para la práctica respecto de la aplicación del art. 252 CP, resultará mucho mejor entender estas cuestiones si se las afirma desde la doctrina científica y de este modo, se logrará una adecuada orientación de las soluciones.

indagaremos en las razones que el legislador aduce, lo han motivado para realizar la reforma de la administración desleal mediante la LO 1/2015, para luego, explicar y fundamentar, cuáles son las que (junto con aquellas) nosotros opinamos que explican adecuadamente la positivización del nuevo art. 252 CP.

CAPÍTULO SEGUNDO

EXPLICACIÓN DE LA POSITIVIZACIÓN DEL ART. 252 CP Y SELECCIÓN DE VARIOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES A LA NUEVA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

CAPÍTULO SEGUNDO

EXPLICACIÓN DE LA POSITIVIZACIÓN DEL ART. 252 CP Y SELECCIÓN DE VARIOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES A LA NUEVA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

I. OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO

Antes de iniciar el estudio del tipo, hemos considerado oportuno referirnos a una cuestión de trascendental importancia y que tiene en general una gran repercusión sobre lo que se debe entender e interpretar respecto del tipo de administración desleal, y que tiene relación con los motivos que han dado lugar al art. 252 CP. En este sentido, se puede afirmar que, aunque el legislador haya expuesto en el Preámbulo de la LO 1/2015 una serie de razones que sin ser ajenas al problema y que, siendo importantes para la positivización de un tipo de administración desleal, no constituyen por sí solas, las verdaderas y objetivas razones. Nosotros, consideramos que la verdadera razón o la fundamental de la positivización del art. 252 CP, es otra, y está referida a la sistematización de la administración desleal operada por el Tribunal Supremo. Es decir, que, el art. 252 CP existe por el impulso de la jurisprudencia y la doctrina que apoyó la interpretación jurisprudencial de la modalidad de distracción de dinero que existía en el antiguo art. 252 CP junto con el tipo de apropiación indebida.

Por qué desarrollar esta cuestión. Básicamente tenemos dos razones: a) la riqueza conceptual de las explicaciones dogmáticas que se encuentran en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, son de tal precisión y

desarrollo dogmático (aunque no por eso no discutibles o criticables), que se puede afirmar que servirán de modelo para la interpretación del nuevo art 252 CP, y desde esta perspectiva, cabría decir que no sería un tipo penal tan nuevo como se ha anunciado (como lo veremos), sino que se trata de uno que corrige los errores del legislador en materia de administración desleal²²⁰, por tanto, es preciso determinar qué elementos de la interpretación son trasladables al nuevo tipo penal y cuáles no; y, b) por otro lado, a través de esta propuesta, también se prueba y demuestra que en este ámbito, no se ha tratado de una simple importación del texto punitivo de la administración desleal de los ordenamientos germanos²²¹, aunque se acepte que sea éste el modelo de inspiración y de la interpretación (motivo por el cual nos vemos obligados a incluir varios acápites sobre la cuestión, para también determinar qué elementos de la interpretación del párrafo 266 StGB son trasladables), sino todo lo contrario: la tipificación de la administración desleal es un producto de la ciencia y la jurisprudencia jurídico-penal española, y esto es de rescatar y resaltar, en épocas y tiempos en los que se sitúa en el ámbito de la duda la importancia de la investigación vinculada a los problemas prácticos. Estas cuestiones serán desarrolladas con amplitud en los apartados de este capítulo.

Su tratamiento, por tanto, irá de la mano del diálogo que se ha forjado en la doctrina a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la interpretación que otorgaba autonomía y ámbito de aplicación propio a la modalidad de distracción de dinero que se encontraba en el delito de apropiación indebida del antiguo art. 252 CP, entendida como delito de administración desleal, lo que conducía a su lógico rechazo interpretativo como

²²⁰ Aunque como se verá luego, la nueva redacción a diferencia del suprimido art. 295 CP, obvia realizar una adecuada delimitación del autor típico y de los comportamientos típicos, cuestión que exige una remisión histórico-normativa a efectos interpretativos. Revisar esta cuestión, en el capítulo sobre la tipicidad objetiva. En este sentido, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 2015, pág. 536, no cabe duda de que el examen de dicha controversia (jurisprudencial y doctrinal) es fundamental para interpretar el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP, entre otras razones, para señalar sus defectos y, en consecuencia, para efectuar las propuestas de reforma que quepan.

²²¹ Nos referimos a los tipos penales de administración desleal existentes en los ordenamientos jurídico-penales de Alemania, Austria y Suiza.

una modalidad de la apropiación indebida (en sentido estricto) que protegía el derecho a la propiedad, sino que se trataba de un delito patrimonial²²². El estudio de esta cuestión no está supeditado a la discusión que hubiera en su

²²² Antes de la vigencia del CP de 1995, la doctrina mayoritaria sostenía que el delito de apropiación indebida estaba caracterizado por dos elementos. El primero consistía en la realización de un comportamiento ilícito del autor sobre la cosa como si fuese su dueño. A esto se lo denominó comúnmente como la realización de un “acto dominical ilícito”. El segundo elemento estaba en el “incumplimiento definitivo” de la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie. Esto, por su parte, era lo que constituía la privación definitiva de la propiedad. A partir de estos dos elementos, la doctrina mayoritaria entendía que la diferenciación entre las modalidades típicas consistentes en “apropiarse” y “distracer”, estaba en que los actos de apropiación se realizaban en beneficio del propio patrimonio del autor del delito, mientras que los actos de distracción se realizaban en beneficio del patrimonio de otra persona. Por lo que siempre, se protegía el mismo bien jurídico, la propiedad. Como consecuencia práctica de este entendimiento, el delito de apropiación indebida, resultaba inaplicable respecto de los supuestos en los que no se daba una apropiación definitiva de los bienes, fondos o recursos, porque en efecto, se trataba de una distracción provisional de los mismos. Sobre esta explicación, revisar: GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal», en *La Ley*, núm. 4680, 1998, pág. 2 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 28 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *EPCr*, vol. XXXV, 2015, pág. 461. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., en su trabajo de 1994, «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 314 y ss., pone de relieve que la discusión se tornaba complicada porque la doctrina argumentaba razones dogmáticas que impedían castigar mediante la apropiación indebida determinados supuestos de administración desleal. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones...», *Ob. Cit.*, pág. 683, sostenía que, los casos de adquisición de las propias acciones del banco, o de concesión de préstamos vinculados a los administradores o a sociedades vinculadas a ellos quedaban fuera de la punibilidad de la apropiación indebida por cuanto, no se trataba de apropiaciones definitivas de dinero. En sentido parecido, TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 45, comenta que el CP portugués de 1982, había justificado la creación del delito genérico de administración desleal por la insuficiencia dogmática de la tradicional apropiación indebida para castigar comportamientos merecedores de pena que no suponen la concreta intención de apropiación definitiva de los bienes. También, VIVES ANTÓN, T., Y OTROS: *Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 962, había puesto de manifiesto que el delito de apropiación indebida, sigue la pauta genérica de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la atribución y no a las verdaderas relaciones de poder, a la forma jurídica y no a la realidad económica, por lo que se podía afirmar sin dudas, que el ordenamiento penal español no conocía un delito de administración desleal, sino que se limitaba a castigar los supuestos de abuso en los que también se daba una ilícita apropiación. En el mismo sentido, también se manifestaron BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos, Ed. Ramón Areces, segunda edición, Madrid, 1993, pág. 428 y ss., quienes se referían a esta situación como político-criminalmente inaceptable. Desde una perspectiva *a posteriori*, el resumen que de la situación hace GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, segunda edición, dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J., coords. GÓRRIZ ROYO, E., MATA LLÍN EVANGELIO, A., Valencia, 2015, pág. 765, es bastante clarificador y sintético de toda la situación.

momento sobre si se acepta o no esta tesis²²³, porque a partir de la LO 1/2015 queda claro por qué postura se decidió el legislador²²⁴, sino que irá encaminado a perfilar el antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero y extraer las consideraciones genéricas más consistentes y vinculables normativamente al nuevo precepto, para en concreto estructurar y proponer soluciones para los graves comportamientos de administración desleal²²⁵. Empezaremos el estudio con unos apartados introductorios sobre los antecedentes legislativos del art. 252 CP antes de la reforma de la LO 10/1995

²²³ En un sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 460 y 461, quien señala que la conveniencia de acoger este enfoque expositivo se ve avalada por una circunstancia ulterior, a saber: la interpretación sostenida por la jurisprudencia mayoritaria permite ofrecer un entendimiento razonablemente satisfactorio, tanto dogmática como político-criminalmente, de la naturaleza del delito de administración desleal y de su relación con el delito de apropiación indebida, así como que, posibilita contar con una regulación que no ofrece lagunas significativas de punibilidad.

²²⁴ Aunque quepa la duda, porque el legislador eliminando de la apropiación indebida la modalidad típica de *distracción*, dejó la posibilidad de apropiación de dinero sin distinguir entre dinero fungible y no fungible. Tal vez, la mejor opción hubiese sido eliminar directamente la referencia al dinero como objeto material del delito de apropiación indebida, con lo que cabría pensar en una discusión interpretativo-dogmática, sin embargo, ante la identidad del marco penológico entre los arts. 252 y 253 del CP, carece de sentido un estudio de la cuestión porque la jurisprudencia deberá preferir encajar los comportamientos desleales cuando se entregue dinero como bien fungible, en el nuevo art. 252 CP y no en el nuevo art. 253 CP. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, PE, quinta edición, pág. 544. Desde otra perspectiva, GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», *Ob. Cit.*, pág. 765, opina que, ni el dinero ni la administración tienen, en realidad, por qué acarrear la confusión de tipos, si se distinguen, en función de que se tenga una obligación concreta sobre el bien (apropiación indebida) o, en cambio, un margen de gestión con validez jurídica sobre él (administración desleal). Sin embargo, considero que, aunque lo que se sostiene sea correcto, no se descubre que, en aquellos casos en los que el administrador, se apropia del bien que con ocasión de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado, se le ha confiado, aun en el caso de que deba realizar una concreta tarea, la que incumple, no debe responder por apropiación indebida, sino por administración desleal, porque el resultado prohibido se produce por haber infringido el especial deber de custodia patrimonial al que se encontraba obligado. Por tanto, sí era necesaria la correcta delimitación y eliminación de los términos que llevaban y conducen a la confusión.

²²⁵ Sobre la discusión, se podría revisar entre otros, los siguientes trabajos: ROSO CAÑADILLAS, R.: «Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de reforma de 2013», en *CPC, Época II*, diciembre de 2014, pág. 45 y ss.; GÓMEZ-JARA, C., «La problemática de la administración desleal en los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?», en *La administración desleal de los órganos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 171 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal en el nuevo Código penal», en *La administración desleal...*, *Ob. Cit.*, pág. 193 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, *Ob. Cit.*, pág. 193 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L. «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», en *La administración desleal...*, *Ob. Cit.*, pág. 33 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 96 y ss.

y continuaremos con la revisión de la regulación de la administración desleal societaria que estuvo vigente desde ese momento hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015. Inmediatamente después, expondremos cuál es el modelo de la administración desleal en Alemania para luego, desarrollar la explicación que proponemos del nuevo delito de administración desleal en función de las finalidades ya anunciadas. Analizamos antes el modelo alemán por una razón²²⁶. Como la jurisprudencia definió la modalidad de distracción de dinero en relación a los diferentes tipos de administración desleal (tipo de abuso y tipo de infidelidad) constantes en el texto del § 266 StGB, se requiere previamente un adecuado entendimiento de lo que se afirma respecto de aquellos tipos, para establecer si esta diferenciación, en todo caso, plausible, es necesaria para limitar el ámbito de aplicación del precepto español o si por el contrario no es vinculable²²⁷.

²²⁶ El objeto de todo este capítulo está en explicar que el nuevo delito de administración desleal constituye la positivización de los criterios que el TS forjó para la interpretación de la modalidad de distracción de dinero, pero esto a su vez, con la finalidad de establecer cuáles son los criterios de interpretación que se deben utilizar para la aplicación del vigente art. 252 CP.

²²⁷ Indiferentemente, lo que sí quiero resaltar es que lo importante no está en entender y estudiar a los tipos de administración desleal como construcción dogmática alemana, cuyo estudio precisamente se requiera porque es el ordenamiento que los perfiló tempranamente y en cuya tradición existe una discusión doctrinal importante sobre la relación sistemática que entre ellos debe operar, cuestión que es importante; sino que, es preciso estudiarlos porque constituyen las formas paradigmáticas y genéricas en que se puede producir un ataque al patrimonio administrado. El administrador tiene incorporado a su ámbito de organización la posibilidad de decidir sobre el patrimonio administrado. Estas decisiones que se realizan sobre el patrimonio administrado son susceptibles de ser observadas en los supuestos en los que exista negocio jurídico y en aquellos en los que no. Esto es lo que dio paso a la distinción entre un tipo de abuso y un tipo de infidelidad. En los supuestos en los que exista negocio jurídico, nos encontramos ante el tipo de abuso, en los supuestos en los que no existe negocio jurídico, nos encontramos ante el tipo de infidelidad. Por tanto, indiferentemente de que en el ordenamiento germano se observe esta discusión, porque el tipo penal en concreto a positivado las dos posibilidades, lo importante no es únicamente la distinción a efectos de limitación o delimitación, sino a efectos de comprensión del total fenómeno normativo, para establecer correctamente los criterios de imputación que en el caso concreto se deben observar.

II. REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ACTUAL ART. 252 CP

La referencia a los antecedentes legislativos del delito de administración desleal es una tarea inexcusable y necesaria. Desde el inicio de la etapa codificadora se encuentran tipos penales que recogían modalidades que podrían ser consideradas como administración desleal, incluso fundamentadas en deberes de lealtad y fidelidad. El primer antecedente²²⁸ en el ordenamiento penal español lo encontramos en el Código Penal del año 1822²²⁹, que en «*La Parte Segunda*», Título III, capítulo VII “*De los abusos de confianza*”²³⁰, recogía una primigenia conducta típica de administración desleal genérica en el art. 778²³¹. Ya en esta figura encontramos, además, el vehículo comisivo a través de la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad como forma de la realización típica y así, fundamento del tipo. Un tipo penal genérico de administración desleal, un modo de construir el tipo penal que precisamente echaba de menos la doctrina moderna y que, por lo tanto, constituía un puntal crítico de la doctrina sobre el derogado y/o suprimido art. 295 CP. Además,

²²⁸ Sin ánimo de exhaustividad, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 202. Para este autor, podríamos incluso situar los antecedentes de este tipo penal en el *falsum*, regulado en la *Setena Partida*, Título VII. En efecto, este instituto tenía tal amplitud que podía alcanzar supuestos de administración desleal y cita: “*las falsedades que los omes fazen [...] son muy llegadas a la traycion*”. Del *falsum*, se han desprendido el *derecho a no ser engañado* comprendido en las falsedades documentales y en la estafa; el *derecho a la lealtad* soporte de las defraudaciones y en concreto de la administración desleal. También lo resalta, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, primera edición, Barcelona, 1996, pág. 14. Por otro lado, este último autor, en su monografía, expresa que coetáneamente al delito de administración desleal nacen la apropiación indebida y el hurto en su actual configuración, y que todas estas hipótesis jurídico penales encuentran un antepasado común en el *furtum* latino. Se puede encontrar una breve exposición de los antecedentes de la regulación, en PÁSTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración desleal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, pág. 39-49.

²²⁹ Código Penal Español decretado por la Cortes el 8 de junio de 1822, sancionado por el Rey y mandado a promulgar el 9 de julio del mismo año, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, pág. 156.

²³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 198. Este autor discrepa sobre la existencia de una auténtica hipótesis de administración desleal. Aunque apunta lo interesante de la distinción de la apropiación de cosas muebles y la distracción de dinero ajeno constante en el CP de 1822.

²³¹ El texto era el que sigue: “*El administrador o el encargado de bienes o de negocios, que faltando a la lealtad que debe a su principal, descubriere en perjuicio del mismo los secretos del patrimonio, administración o cargo que tuviere confiado, o extraviare fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, o en otra manera se hubiere portado con dolo en su encargo o administración, sufrirá la pena de reclusión de 3 meses a un año, y una multa de cincuenta a sesenta duros*”.

resaltar que el *quantum* de la pena, era mucho menor que el marco penal utilizado en las modernas tipificaciones sobre la administración desleal, cuestión a resaltar sobre todo tratándose de un Derecho penal mucho más severo²³². Otro de los antecedentes lo encontramos en el Código penal de 1928²³³, en el art. 734 se contenía una forma de administración desleal, a través de la cual se prohibía la transmisión de noticias, comunicaciones o informes contrarios a la verdad, con ánimo de defraudar²³⁴. Constituye un antecedente precisamente porque se tenía que cometer en el seno de una sociedad y por el órgano de administración o alguno de sus subordinados delegados, lo que exige la infracción de los deberes propios a los que se encuentran obligados los administradores, constituyendo un ataque a los intereses de la sociedad²³⁵. Desde el Código penal de 1931, desaparece cualquier tipo que pudiera ser considerado un antecedente del delito de administración desleal.

Aun cuando no llegaran a ser ley, es interesante exponer la regulación contenida en los distintos Anteproyectos y Proyectos del Código penal, anteriores al Código Penal de 1995. Así, en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (PLOCP) de 1980²³⁶, sí estaba previsto este tipo. El modelo no era la administración desleal genérica sino la administración desleal

²³² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928*, Parte general, t. I, Madrid, 1929, p. 58 y ss., quienes refieren lo severo y drástico de las normas jurídicas penales en España en el siglo XIX.

²³³ LUZÓN PEÑA, D., ROSO CAÑADILLAS, R.: «La administración desleal societaria en el derecho penal español», en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Administración desleal, Ed. Iustel, dir. BOIX REIG J., coord. LLORIA GARCÍA P., Madrid, 2008, pág. 33.

²³⁴ El artículo en cuestión establecía que, “El miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades, que en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de accionistas, consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de 5.000 a 20.000 pesetas”. El art. 735 de la codificación referida, establece un supuesto de agravación, cuando “sea apreciable el lucro obtenido o que se proponga obtener el culpable”.

²³⁵ Preferimos utilizar la expresión *ataque a los intereses de la sociedad* y no una *defraudación a la sociedad*, porque este segundo término puede estar referido a un engaño en los términos de la estafa o a una concreta defraudación de expectativas en el sentido de ataque a los intereses sociales.

²³⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 94.

específicamente societaria. En el art. 368²³⁷, se incriminaba a los administradores que utilicen el capital o los beneficios sociales para su provecho, ocasionando un perjuicio a los socios²³⁸. En efecto, el Proyecto de Código penal de 1980, constituye el precursor pre-normativo de la incorporación de lo que hoy conocemos como “*delitos socioeconómicos*”, porque en el Título VIII, bajo la rúbrica “*Delitos contra el orden socioeconómico*”, se estableció este epígrafe que a su vez los delimitó respecto de los delitos contra el patrimonio. Título que constituyó la principal novedad del referido Proyecto. En la Exposición de Motivos se justificaba la creación de estos delitos para “*castigar las maniobras lucrativas realizadas en perjuicio de otros prevaleciéndose de la estructura y organización de sociedades mercantiles e industriales*”. Este proyecto responde a una no tan antigua reivindicación doctrinal que demandaba establecer una diferenciación material entre los delitos socioeconómicos y los tradicionales contra el patrimonio²³⁹. En el capítulo VI, se recogían figuras tales como: la sociedad de fachada²⁴⁰ (artículo 363), el falseamiento de balances²⁴¹ (artículo 364), la publicación de datos falsos (artículo 365), la adopción de acuerdos sociales con mayorías ficticias en contra del interés social (artículo 367) y la administración desleal (artículo 368), todos bajo el título: “*De los delitos financieros*”. Esta opción fue rechazada por la doctrina, por cuanto se consideró que el término era

²³⁷ El texto de este precepto señalaba que, “*Los administradores que en perjuicio de los socios utilizaren en el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa en la que directa o indirectamente estuviesen interesados serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyere delito más grave*”.

²³⁸ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 21-22.

²³⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 94.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 95. Esta autora sostiene que esta conducta es relevante para el Derecho penal siempre y cuando a través de ella se cometan otros delitos de previa tipificación dentro del CP, por lo que se adhiere a la postura de considerar su incorporación innecesaria. Ver GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal (títulos VIII y V)», en *ADPCP*, 1980, pág. 478.

²⁴¹ RODRÍGUEZ SASTRE, A.: *El delito financiero*, Madrid, 1934, pág. 22. Desde la publicación por parte de este autor de su tesis, se viene considerando que, si el balance es un documento mercantil, por tanto, no cabe duda de que el falseamiento de un balance se puede con facilidad subsumir en la conducta típica del delito de falseamiento de documento mercantil. A esta postura se adhieren: GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Notas para una...», Ob. Cit., pág. 479. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 18.

insuficiente para la comprensión íntegra de todos los comportamientos típicos que bajo el mismo se agrupaban²⁴². La Exposición de Motivos señalaba que no se trataba de delitos realizados dentro o en una sociedad, sino precisamente por la sociedad, por lo que realmente no podría considerarse antecedente de los delitos societarios. Sin embargo, los tipos penales del referido epígrafe nos conducen a la conclusión contraria. Por esta razón, se afirmó, la necesidad de establecer un *nomen* que haga referencia al ámbito de realización de los hechos punibles²⁴³, es decir, en relación al factor que explica la agrupación de este conjunto de preceptos como delitos societarios, nos referimos al contexto societario en el que se produce el comportamiento antijurídico²⁴⁴.

En la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (PANCP) de 1983²⁴⁵, también se incorporó una figura delictiva que recogía un supuesto que se consideraba de administración desleal, aquí también prevalece el modelo de administración desleal específicamente societario. El art. 297²⁴⁶ del referido Anteproyecto, a diferencia del artículo 368 del Proyecto de 1980, se encontraba estructurado por dos numerales e incorporaba como sujetos activos a los directores, y como sujetos pasivos, a los depositarios, cuentapartícipes, titulares de los valores o capital que administren. Agregando, además, como elemento objetivo del injusto los comportamientos: a) “*dispusieren*”, referido

²⁴² BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal», en *V Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, pág. 73. Manifiesta este autor que, los llamados delitos financieros no tienen ninguna relación con las finanzas, su objeto de estudio se corresponde con los hechos punibles vinculados con la fundación y administración de sociedades. Esto se convierte en argumento plausible para sustituir el desafortunado adjetivo calificativo de *financieros* al que se acompañaba en las primeras investigaciones al momento de referirse a este tipo de comportamientos. Ver la obra de RODRÍGUEZ SASTRE, *Delito financiero*, Madrid, 1934.

²⁴³ STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO, E.: *La reforma del derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 55.

²⁴⁴ MORALES PRATS, F.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 960.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 99.

²⁴⁶ El tenor literal del artículo 297 establecía que, “1. Los administradores y directores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrajeran obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo el hecho que fuere punible de acuerdo con el artículo 247²⁴⁶. 2. Las penas previstas en el párrafo anterior lo serán en su mitad superior, cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas.”

al patrimonio o de las propiedades sociales; y, b) “*contrajeran*”, haciendo referencia a contraer obligaciones en el ámbito de las competencias propias de su cargo, estas dos acciones habrían sido relevantes jurídico penalmente siempre y cuando hubieran ocasionado un perjuicio para la sociedad²⁴⁷.

El Proyecto del Código penal de 1992 (PCP-1992) también incorporaba un tipo de administración desleal específicamente societario, contenido en el art. 302²⁴⁸, y que en su estructura era semejante al del Anteproyecto de 1983. Sin embargo, en lo que se refería a los sujetos activos, se especificaba que los administradores podían ser de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil y se excluía del tipo objetivo, a los directores de entidades públicas. Se estructuraba un tipo de administración desleal que se cometía sólo en el ámbito societario-privado²⁴⁹, por lo que se puede afirmar que lo que se quería proteger eran los intereses de la sociedad. El ámbito de cobertura del elemento del tipo denominado “*beneficio*”, se ampliaba, en la medida en que se incluían no solamente los supuestos para beneficio propio, sino además el de un tercero. En cuanto a los sujetos pasivos, se establecía que el perjuicio fuera a la sociedad como tal²⁵⁰.

La incorporación de los “*administradores de hecho o de derecho*”, era una evidente mejora en relación a su predecesor²⁵¹, en el sentido de establecer

²⁴⁷ En cuanto a la penalidad, el Anteproyecto, eleva la sanción. Se establece una pena de prisión de seis meses a tres años, en comparación con el Proyecto inmediato anterior, que era de seis meses a dos años. En lo que respecta a la multa, permanece igual, es decir, de seis a veinticuatro meses. El numeral dos, establece un tipo agravado: cuando los administradores o directores incurso en las conductas descritas en el tipo, lo sean de entidades públicas, las penas serán impuestas en su mitad superior.

²⁴⁸ El texto expresaba lo siguiente: “1. Los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de éstos o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años. 2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador utilizase el capital o bienes de la sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior.”

²⁴⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 102.

²⁵⁰ El régimen de penas, se ve agravado. Se eleva la pena privativa de libertad, de seis meses a cuatro años, se disminuye la multa de seis a doce meses y, se incorpora una sanción de inhabilitación para poder ejercer la profesión o industria por un tiempo de dos a cinco años.

²⁵¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 103.

con claridad la función orgánica a la que se le debe exigir unas determinadas obligaciones y no un mero cargo en relación a un contrato de trabajo. A decir de la doctrina, una de las más significativas y notables incorporaciones en este tipo penal lo constituyó el establecimiento de un delito de peligro, consignado en el número dos del artículo 302, en la medida en que ya no se exigía la realización de un “*perjuicio*” sino tan sólo la utilización del capital o los bienes de la sociedad “*en beneficio propio o de un tercero*”, atenuándose la pena²⁵². La duda que quedaba estaba en que, aunque no se exigía el resultado de perjuicio, la utilización de los bienes podía constituir un resultado de lesión y no de peligro, porque si lo que se protegía era el patrimonio y los derechos que sobre éste se tienen, el arrogarse atribuciones respecto del ejercicio de los derechos patrimoniales constituiría una situación de lesión al patrimonio y no sólo una de peligro. En todo caso, esto revestía una especial importancia puesto que si no era preciso el perjuicio para la sociedad pudo fundamentarse que realmente no se trataba de un delito patrimonial, sino que el contenido de injusto venía dado por la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad, lo que por otra parte permitiría cuestionar que fuera así en el actual art. 252 CP, al exigirse un concreto perjuicio patrimonial. Sobre ello volveremos más adelante.

En el art. 296 del Proyecto del Código penal de 1994²⁵³ (PCP-1994), se establecía también un delito de administración desleal específicamente societario. En esta tipificación destacaba, en lo que se refiere a los sujetos activos, la inclusión de los administradores de hecho o de derecho, y se constreñía exclusivamente a las sociedades mercantiles. Novedad importante con respecto al anterior texto era la reducción del ámbito de aplicación, porque ya no se trataba de cualquier sociedad privada, sino exclusivamente las que podían calificarse de mercantiles; no se trataba de restringir el círculo de posibles sujetos activos, sino de restringir el ámbito de aplicación del precepto. De nuevo se exigía la causación de un daño para la sociedad o alguno de sus

²⁵² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 103.

²⁵³ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 23-24.

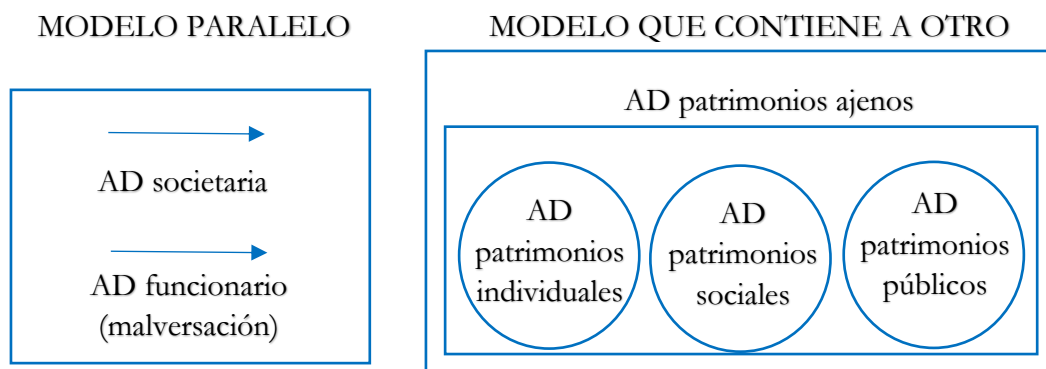
socios, aunque no se establecía en qué debía consistir el perjuicio. El tipo de injusto se identificaba con la causación de un perjuicio a la sociedad o a algunos de los socios, ocasionado a través del abuso de confianza. El autor además de ostentar un determinado cargo debía actuar abusando de la confianza. Por otro lado, debía realizarse la conducta, “*en beneficio propio, de algún socio o de un tercero*”, esto sí que constituía un elemento subjetivo del injusto. Es importante observar que no era necesario incorporar la expresión socio, puesto que al establecer que sea en beneficio de un tercero, se encontraba ya incluido el beneficio en caso de ser un socio, esto se explica del siguiente modo: la expresión tercero hace referencia a alguien distinto del autor. Entre los posibles beneficiarios distintos del autor, administrador de hecho o derecho, se encuentran los socios, quienes a menos que actúen como administradores de hecho y sólo en este supuesto pueden ser sujetos activos en el delito de administración desleal²⁵⁴. Pudiera argumentarse que sí era necesaria su mención, porque el socio no es un tercero respecto de la sociedad. Sin embargo, el carácter de tercero al que alude el beneficio no quiere diferenciar entre los terceros respecto de la sociedad, sino a los terceros respecto del autor del delito, terceros respecto del administrador, por lo que su mención era innecesaria²⁵⁵.

Hasta aquí, hemos expuesto los antecedentes del delito de administración desleal del art. 252 CP antes del CP de 1995. Por un lado, las figuras primitivas se decantaban por una administración desleal genérica, sin embargo, desde la década de los ochenta hasta llegar a la promulgación del CP de 1995, los modelos típicos estribaban en una administración desleal específicamente societaria. Es decir, que de un modelo genérico de administración desleal como el del art. 778 del CP de 1822 que establecía: “*El administrador..., que faltando a la lealtad que debe a su principal, se hubiere portado con dolo en su encargo o administración...*”; pasamos a un modelo específicamente societario como el del suprimido art. 295 CP de 1995 que

²⁵⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 105.

²⁵⁵ En cuanto a la pena surge una novedad ya que, en los proyectos anteriores, la pena privativa de libertad va acompañada de la pena de multa. En este supuesto observamos que se establece una pena de prisión de seis meses a cuatro años, “o” multa de doce a veinticuatro meses.

establecía: *“Los administradores... de cualquier sociedad..., que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio...”*, lo que obliga al análisis del derogado art. 295 para establecer si, realmente, la LO 1/2015 de 30 de marzo ha supuesto un cambio de modelo²⁵⁶, cuya lógica estaría no en la distinción de líneas, aunque paralelas, sino en una forma conceptual que engloba y contiene a la anterior forma:



Precisamente por esto, lo haremos analizando el marco regulatorio de la reforma: los delitos económicos y los delitos societarios, porque el adecuado entendimiento de las premisas dogmáticas construidas alrededor de los delitos económicos, permite entender y analizar correctamente el ámbito normativo de los delitos societarios y de este modo, también se puede entender correctamente cómo y por qué surgió en el CP de 1995 un tipo penal que protegía sólo al patrimonio cuya titularidad estaba en la sociedad mercantil. Un marco dogmático y normativo que debe estudiarse porque no puede perderse de vista que la vigente administración desleal del art. 252 CP, un tipo penal patrimonial, puede en determinados casos comprometer mediatamente determinados aspectos muy desarrollados del orden económico y societario.

²⁵⁶ Además, constituyó el antecedente normativo previo, que tuvo una vigencia de dos décadas. Estudiaremos los pormenores de la regulación, sus orígenes y el modelo de tipificación, para determinar si algunos elementos resultan necesarios para la interpretación del vigente art. 252 CP.

III. LA ADMISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA Y SU INTRODUCCION EN EL CP DE 1995

1. EL ORDEN JURÍDICO SOCIETARIO Y SU PROTECCIÓN PENAL: CONDICIONES PARA LA TIPIFICACIÓN, UBICACIÓN SISTEMÁTICA, OBJETO JURÍDICO Y RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Como hemos afirmado antes, el delito societario constituye objeto de estudio del Derecho penal de la empresa, y a su vez este último, es una rama del Derecho penal económico²⁵⁷. En el marco de estas materias, la doctrina y la moderna realidad normativa²⁵⁸ exigían la incorporación de estos delitos en el Código penal²⁵⁹, dado que se constataba una laguna en el ordenamiento jurídico español, que contrastaba con las legislaciones penales del entorno europeo²⁶⁰, razón por la que su tipificación había sido alabada, aunque no por toda la doctrina²⁶¹. En efecto, en lo que se refiere a la Parte Especial, una de las mayores novedades del CP de 1995, lo constituyó la regulación de los delitos socioeconómicos²⁶², lo que lo diferenciaba enormemente respecto del Código penal derogado. Es importante señalar además que, en el Código penal de 1995, se regulan por primera vez en el derecho positivo español, tras varios intentos, dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los delitos societarios. Regulación de la que igualmente se afirma, constituyó en su momento una de las materias más novedosas introducidas en el referido Código

²⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa...*, Ob. Cit., pág. 11.

²⁵⁸ Juridificación societaria de la mayoría de los actos de comercio tanto a nivel macro como microeconómico y en el ámbito no sólo privado sino además del sector público, con la correlativa creación de riesgos jurídico-penales en estos ámbitos.

²⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., pág. 411.

²⁶⁰ MORALES PRATS, F.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 957.

²⁶¹ MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., pág. 365.

²⁶² STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma del Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 3. Estos autores sostienen que, el proyecto de Código penal de 1980, introduce una nueva esfera de criminalización, que se destina a la regulación de los delitos socioeconómicos, constituyendo el antecedente fundamental de la incorporación legislativa de 1995 y que constituyó la respuesta a la dificultad de subsumir las nuevas conductas y comportamientos dañosos en los tradicionales tipos penales.

penal²⁶³. En lo que respecta a la reciente reforma (que con facilidad podría ser denominada como un *nuevo CP*, por el alcance de los cambios) operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, los delitos económicos es una de las materias que mayor transformación ha sufrido. Probablemente, uno de los de mayor relevancia sea precisamente el referido a la tipificación de la administración desleal, tipo en el que se sustituye el modelo específicamente societario del derogado y/o suprimido art. 295 CP por el de la administración desleal genérica del vigente art. 252 CP.

Indiferentemente, puede afirmarse que el CP de 1995, incorpora un tratamiento más adecuado de los hechos que atentan contra el orden socioeconómico²⁶⁴ y por ende de los delitos societarios, primeramente, porque antes de esta tipificación no existían. Las múltiples reformas que se han hecho del mismo, no cambian este tratamiento, por lo que este entendimiento sigue vigente²⁶⁵. Hasta la entrada en vigor de este texto penal, el de 1995, la mayoría de estos hechos no se contemplaban en el CP, ni por supuesto los denominados delitos societarios. Por otra parte, como puso de manifiesto la doctrina, las figuras delictivas (estafa, apropiación indebida, falsedad, etc.) recogidas en el anterior Código, el de 1973, no permitían la subsunción de los hechos que hoy configuran los delitos socioeconómicos, entre ellos los societarios. Como hemos dicho, la doctrina y la jurisprudencia venían exigiendo y propugnando, la necesidad de que se estableciera un nuevo espectro de infracciones que dieran cobertura a los bienes jurídicos que componen el orden

²⁶³ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. «Delitos contra el...», *Ob. Cit.*, pág. 832; QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, *Ob. Cit.*, pág. 581, crítico con este punto de vista, sostiene que nos encontramos ante una situación más aparente que real.

²⁶⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 103. Este autor propone como referencia del origen de la rúbrica de los delitos contra el orden socioeconómico el anteproyecto del Código penal de 1969 junto con el Proyecto de 1980, en el que se proponía la rúbrica *delitos contra la economía pública*.

²⁶⁵ Ahora, se podría rechazar esta interpretación precisamente por la supresión del art. 295 y la vigencia del nuevo art. 252 CP objeto de este estudio, ambos cambios operados por la LO 1/2015 de 30 marzo, sin embargo, en el apartado sobre la justificación político-criminal de la persecución de la administración desleal realizada por el órgano de administración, hemos dedicado unas líneas a esta cuestión, que refleja nuestra postura favorable a esta iniciativa.

socioeconómico²⁶⁶ que incluya a los delitos societarios. Sin querer abarcar el ámbito de la discusión y los detalles sobre la misma, ya que no es objeto de este trabajo, puede decirse que las posturas discurrían entre: a) la necesidad de establecer una nueva categoría de delitos: delitos socioeconómicos; o, b) determinar si era simplemente necesario dotar a las tradicionales figuras delictivas (apropiación indebida, estafa, etc.) de nuevos elementos o supuestos que hicieran posible la persecución de estos comportamientos²⁶⁷. Como afirmara ARROYO ZAPATERO, con la regulación de este tipo de conductas, concluyó la discusión sobre la eficacia de los tradicionales delitos de falsedad, estafa y apropiación indebida para proteger a los socios y terceros frente al desleal comportamiento de los administradores²⁶⁸. Hoy señalaremos que el legislador ha querido regular en un solo tipo penal todos los comportamientos que ataquen el patrimonio ajeno mediante la infracción de las facultades otorgadas para administrar ese patrimonio. A este respecto, observemos qué ha sostenido la doctrina sobre lo que se protege en los delitos societarios.

Es importante anticipar que pretender ubicar y determinar el bien jurídico de un específico tipo penal, en función de su ubicación sistemática, sería precipitado²⁶⁹ y erróneo²⁷⁰. Esto sin perjuicio de reconocer que el legislador actúa en la mayoría de los casos, en atención a la función de sistematización y ordenación del concepto jurídico penal de bien jurídico, que facilita la ubicación de los tipos penales en los códigos, aunque se constate en la realidad que no siempre su lugar en la parte especial de la ley sustantiva penal, se corresponda con el bien jurídico tutelado²⁷¹. Bajo la previa

²⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 411.

²⁶⁷ Las sentencias del TS de 31 de enero de 1991, de 2 de abril de 1993, de 24 de febrero de 1994, de 7 de marzo de 1994, de 14 de marzo de 1994, son ilustrativas de esta cuestión, de la insuficiencia de los delitos patrimoniales para sancionar conductas jurídico-penalmente relevantes en el ámbito societario.

²⁶⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos societarios en el Proyecto de 1992», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Colección Estudios, 1994, pág. 57.

²⁶⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 105.

²⁷⁰ BAJO FERNÁNDEZ, «La Constitución económica...», *Ob. Cit.*, pág. 175; en el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Los delitos contra la propiedad...*, *Ob. Cit.*, pág. 11.

²⁷¹ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 315.

advertencia, podemos afirmar que el Código Penal de 1995, establecido por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, incluyó por primera vez en la legislación penal española los hechos realizados en el seno de la empresa (pero no por la empresa o sociedad) de forma independiente. Dentro del Título XIII²⁷² del Libro II del CP sobre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico²⁷³, se recogen en el Capítulo XIII los denominados delitos societarios, que se refieren a comportamientos penalmente relevantes, cometidos en el seno de las sociedades mercantiles²⁷⁴. Consideramos que el

²⁷² Se ha afirmado (si justificación alguna) que acerca de los delitos societarios, es importante en función del criterio del legislador, establecer cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII pertenecerían al ámbito de protección del *orden socioeconómico* y cuáles al ámbito de protección del *patrimonio* (sobre esta cuestión, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 409, para quien, este capítulo, se erige como línea fronteriza entre las categorías delictivas, según la idea trazada; en el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A.: «Introducción a los delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 49). Para lograr esta finalidad, baste observar que el Capítulo X, cuya rúbrica establece «*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*», permite entender, según GONZÁLEZ RUS que los capítulos comprendidos entre los títulos I al IX, se refieren a delitos que atentan contra el bien jurídico genérico *patrimonio*. Y, por tanto, los capítulos comprendidos entre los títulos XI al XIV, regulan las infracciones que atentan contra el *orden socioeconómico*. Por su parte, CARDONA TORRES, J.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 227, señala que se encuentran reunidos en un mismo título por lo entrelazados de los objetos jurídicos de protección. En contra de esta interpretación, MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 221 y 300, quien sostiene que ni por tradición histórica, ni por contenido, ni por finalidad, tiene sentido sistemático la unidad que propone el legislador. Además, ante la ambigüedad legal este argumento no es suficiente. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 104, para quien esta división es discutible señalando que esta estructura pone de relieve la complejidad de la distinción.

²⁷³ Para SUÁREZ GONZÁLEZ, C. «Delitos contra el...», *Ob. Cit.*, pág. 674, la ampliación del título, que abarca los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, responde a una decisión político-criminal que evidencia la estrecha conexión entre ambas categorías delictuales; para QUINTERO OLIVARES, G.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 614, se trata además de una decisión legislativa prudente para no correr el riesgo de pérdida del sentido pleno de cada infracción. Sin embargo, como ponen de manifiesto BAJO, M., BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, pág. 16, esto no nos debe llevar a la equivocada impresión de que el patrimonio y el orden económico constituyen los bienes jurídicos protegidos en todos los delitos del título.

²⁷⁴ El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 incorporó este tipo de prohibiciones bajo el *nomen* «*Delitos financieros*», ubicado en el Capítulo VI del Título VIII del Libro II dedicado a los «*Delitos contra el orden socioeconómico*». Esta clasificación se mantuvo en el Proyecto de 1983, cambiando tan sólo su ubicación en el Título XII del Libro II, que regulaba los Delitos socioeconómicos. La expresión «*Delitos financieros*» fue luego sustituida por la de «*Delitos societarios*» en el Anteproyecto de Código Penal de 1992, en el Capítulo XV del Título XII, dentro de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Estas denominaciones y ubicaciones fueron mantenidas por el Proyecto de Código Penal de 1994, que dio lugar al nuevo Código Penal de 1995, por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre. Con esta inclusión por primera vez en la legislación penal española se contemplan los hechos realizados en el seno de la empresa, pero no por la empresa o sociedad, de forma independiente. En efecto, dentro del

nomen del Título XIII, es una expresión utilizada en el sentido genérico de objetivo de política criminal, como criterio sistematizador que permita agrupar determinadas figuras delictivas bajo el común denominador de los delitos que agreden el orden económico²⁷⁵ y los que agreden al patrimonio²⁷⁶. Por ende, el bien jurídico de todos los delitos allí contenidos, entre los que se incluyen, además, los delitos societarios, deberá determinarse sobre la base del análisis de las figuras delictivas concretas, teniendo siempre en cuenta el contexto normativo en el que éstas se enmarcan²⁷⁷. Lo corrobora además el hecho de que los delitos quizá con mayor contenido socioeconómico, en la medida que afectan a la sociedad en su conjunto, están ubicados sistemáticamente en un sitio distinto del Título XIII, tal es el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social²⁷⁸, etc. Esto no significa entender que el bien jurídico mediato protegido por los delitos societarios sea el orden socioeconómico, sino que a su vez estos tipos penales pueden atacar determinados aspectos muy desarrollados del orden socioeconómico.

En general, los *delitos societarios* (como los restantes delitos del CP), han sido objeto de estudios enfocados desde una perspectiva teórica, en función de la determinación del bien jurídico²⁷⁹. El problema de determinar si el bien jurídico que protegen los delitos societarios es de naturaleza socioeconómica o patrimonial, dependerá de la concepción de delito socioeconómico. Recordemos que el delito socioeconómico es aquel que, afectando a un bien

Título XIII, del Libro II del CP, sobre delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, se recogen en el Capítulo XIII los denominados delitos societarios, que se refieren a comportamientos penalmente relevantes, cometidos en el seno de las sociedades mercantiles. Una serie tipos penales, cuya finalidad objetiva genérica es la protección en general de la sociedad mercantil como persona jurídica, así como los intereses de los socios, acreedores y terceros.

²⁷⁵ BAJO, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 16.

²⁷⁶ Recordemos que en lo que se refiere al orden socioeconómico, como tal en su totalidad, no es el bien jurídico protegido, aunque es posible que todos los delitos que se encuentren bajo esta rúbrica, puedan lesionar aspectos del mismo.

²⁷⁷ VERA RIVERA, A.: *Aspectos generales...*, Ob. Cit., pág. 42.

²⁷⁸ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal...*, Ob., Cit., pág. 355.

²⁷⁹ MATA Y MARTÍN, R.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 166; QUINTERO OLIVARES, G.: «Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre-diciembre de 1996, págs. 6.

jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro la normativa que regula el proceso de la economía: producción, distribución y consumo²⁸⁰. En el mismo sentido, el delito socioeconómico es aquel que lesiona o pone en peligro la regulación jurídica de la participación en la economía por parte del Estado²⁸¹. El delito socioeconómico en sentido amplio es una infracción que afecta a un bien jurídico patrimonial e individual primeramente y, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, incluyendo los delitos que tienen como escenario las sociedades, especialmente las de capital.

Lo importante está en observar que todo lo anterior corrobora la necesidad radical de formular un concepto que permita observar cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de infracciones, lo que permitirá su adecuada interpretación y en definitiva el alcance y contenido típico de los mismos. La naturaleza jurídica de este tipo de infracciones, se corresponde con la identificación de los intereses jurídicos que tutelan, es decir en función del bien jurídico que protegen. Los delitos societarios podrán considerarse como infracciones que tutelan bienes jurídicos de diversa naturaleza: a) de naturaleza individual, que se concretan en el patrimonio de la sociedad, en el de los socios o en el de terceros; b) de naturaleza colectiva designados a través del concepto de orden económico u orden socioeconómico; y, c) se puede añadir una tercera categoría, en una suerte de ecléctica pluriofensiva, en la que se acepta que estos surjan de una naturaleza mixta²⁸². El establecimiento del bien jurídico condiciona la naturaleza de estos delitos, como socioeconómicos o patrimoniales, en lo que se podría denominar sentido clásico del término²⁸³. Así, para RODRÍGUEZ RAMOS y DEL ROSAL BLASCO se los debe incluir

²⁸⁰ TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito...*, Ob. Cit., pág. 9.

²⁸¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., PÉREZ MANZANO, M.: *Manual de Derecho Penal...*, Ob. Cit., PE, 1998, pág. 563-564.

²⁸² DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 25.

²⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 71. Además, el criterio del bien jurídico se erige como elemento diferenciador de los delitos socioeconómicos que, a su vez, será de gran utilidad a la hora de diferenciar, el Derecho penal de la empresa y el Derecho penal económico.

dentro de los delitos patrimoniales²⁸⁴; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, los ubica como delitos socioeconómicos, pero se trataría también de delitos patrimoniales²⁸⁵; para SÁNCHEZ ÁLVAREZ, se trata de delitos pluriofensivos²⁸⁶, que protegen los intereses de la sociedad (artículos 290, 291, 292 y 295 ya suprimido); los intereses de los socios (artículos 290, 291, 292, 293 y 295 ya suprimido) y los intereses de terceros (artículos 290, 294 y 295 ya suprimido). En concreto, al observar la clasificación aportada por RODRÍGUEZ MOURULLO²⁸⁷ sobre los delitos societarios, se colige que los comportamientos desleales del órgano de administración se deberían ubicar entre los delitos que lesionan el interés de la propia sociedad, a través de la infracción del deber de diligencia, concretado en la infracción del deber de lealtad, exigido por la normativa mercantil (artículo 225 y 226 TRLSC)²⁸⁸. Por su parte, en la clasificación aportada por BACIGALUPO ZAPATER, se deberían ubicar estos comportamientos entre los delitos que vulneran el deber de lealtad de los administradores hacia la sociedad y terceros²⁸⁹.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Los nuevos delitos pseudosocietarios», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1, tercera época, 1996, pág. 78; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentario», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol., coord. VIVES ANTÓN, T., Valencia., 1996, pág. 1409.

²⁸⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios», en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico III*, Madrid, 1996, pág. 359.

²⁸⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 43.

²⁸⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones...», Ob. Cit., pág. 238. Este autor aportaba ya en la década de los ochenta del siglo pasado, una clasificación de los delitos societarios: a) delitos que lesionan el interés de la sociedad, a través de la imposición de acuerdos abusivos o mediante la infracción del deber de diligencia exigida por la normativa mercantil; b) delitos que vulneran los derechos administrativos y patrimoniales referidos a la situación jurídica de socio; c) delitos que lesionan los intereses de los acreedores de la sociedad; y, d) delitos que atentan contra los intereses generales del tráfico jurídico y económico, así como el interés de los terceros en los actos de difusión de comunicaciones falsas sobre la situación contable y patrimonial de la sociedad. Falsedad sobre el cumplimiento de las reglas de capital.

²⁸⁸ A través del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En los artículos 225 y 226, se establecen los deberes generales que deberán observar los administradores. «Artículo 225. Deber de diligente administración. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario. 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad. Artículo 226. Deber de lealtad. Los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos.»

²⁸⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en *Curso de Derecho penal económico*, Ed. Marcial Pons, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., segunda edición,

En este marco, se señala que, en los delitos societarios, los patrimonios individuales no se protegen en virtud de meros intereses patrimoniales particulares, sino en consideración a intereses colectivos o supraindividuales. Mediante la lesión o puesta en peligro del patrimonio individual, las conductas delictivas colocan en peligro abstracto el orden económico en sentido amplio, que se concreta en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles²⁹⁰. Otros autores han entendido que los delitos societarios pretenden proteger jurídico-penalmente a la persona que actúa en el mercado (con el propósito de obtener un beneficio lícito), en concreto, se trataría de la protección jurídico-penal de la sociedad mercantil²⁹¹, sin embargo, esto se debe aceptar si se reconduce la protección de la sociedad a la idea de que aquello significa proteger su correcto funcionamiento: castigar los delitos societarios permite sancionar las conductas que pueden impedir u obstaculizar gravemente el cumplimiento de las funciones que a las sociedades corresponde en la economía social de mercado²⁹². En este sentido, fundamental es entender que los delitos societarios son conductas que comparten entre si la circunstancia de haberse cometido por la administración de una empresa²⁹³ así como en el órgano máximo de control de la misma: la Junta General (abuso de posición mayoritaria, mayorías ficticias, etc.)²⁹⁴. Son comportamientos que constituyen

Madrid, 2005, pág. 415 y ss., quien propone una clasificación de *lege lata*, es decir de conformidad a los establecido en el CP: a) Delitos que afectan la transparencia en la gestión de la administración de la sociedad (artículos 290 y 294); b) Delitos que vulneran el deber de lealtad de los administradores frente a la sociedad y terceros (artículos 295, 290 y 293); y, c) Delitos que vulneran la regulación de las decisiones adoptadas por las mayorías (artículos 291 y 292).

²⁹⁰ FARALDO CABANA, P.: *“Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 44.

²⁹¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, Ob. Cit., pág. 581.

²⁹² FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda edición, pág. 29.

²⁹³ STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma del Derecho...*, Ob. Cit., pág. 55. Para estos autores es usual que se cometan en el ámbito de la delegación de funciones, en sede de Dirección de la empresa.

²⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.: «Delitos societarios y grupos de empresas», en *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, edits. BAYLOS GRAU, A., COLLADO GARCÍA, L., Madrid, 1994, pág. 38. La característica común es haberse cometido en el seno de una sociedad, por sus gestores, en su calidad de administradores o de sus socios cuando actúan como administradores de hecho, o cuando infringen sus deberes de control. Socios que poseen una mayoría de control real o ficticio, atentando de manera grave contra el correcto funcionamiento de la sociedad o contra el patrimonio de ésta, en perjuicio de la empresa, de los socios o de terceros.

una grave violación de los deberes confiados legal o contractualmente, o que se realizan en el marco de un abuso de los poderes que se detentan en función de la posición que se ocupa en aquella, con perjuicio de los socios, de la sociedad o de terceros²⁹⁵. Este carácter no constituye el fundamento de la delimitación como delitos socioeconómicos, sin embargo, la posición o rol jurídico de los sujetos que realizan los tipos penales ayuda a entender en su conjunto la tipicidad. Porque la posición jurídica de aquellos expresa de mejor manera su particularidad, porque estos sujetos actúan en el ámbito del ordenamiento económico, en el que se protegen determinados intereses para garantizar la economía constitucionalizada y no otros intereses. Sin embargo, (tal y como hemos afirmado antes respecto de los delitos socioeconómicos) es preciso que no se confunda el objeto de protección con los sujetos del delito. Lo que se afirma es que, en función del ordenamiento económico, las personas tienen unas determinadas competencias y funciones, y sólo en el marco de aquellas se verifican los ataques a los bienes e intereses jurídicos que se protegen en el ordenamiento económico.

Los delitos societarios protegen bienes jurídicos intermedios, los que se ubican entre los intereses de la colectividad y los intereses de una persona. Los delitos societarios tutelan los intereses patrimoniales de la sociedad, socios y terceros; y, el interés del Estado y los consumidores, sobre el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles y el cumplimiento de los deberes de diligencia y fidelidad de los administradores, que repercute a su vez, en un correcto funcionamiento de la sociedad²⁹⁶. A decir de FARALDO CABANA, opinión que suscribimos, tal y como están configurados los tipos penales de los delitos societarios²⁹⁷, los elementos predominantes son los patrimoniales.

²⁹⁵ PEDRAZZI, C.: «El bien jurídico...», *Ob. Cit.*, pág. 289.

²⁹⁶ DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 33.

²⁹⁷ A este respecto, sobre cómo están configurados los delitos societarios, cabe comentar tal y como expresan DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., POLO VEREDA, J.: *Problemas generales...*, *Ob. Cit.*, pág. 28, que el tipo de injusto de los delitos societarios viene caracterizado por elementos de carácter normativo propios del ámbito societario; en este sentido, como afirma DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 49, en el ámbito de los delitos societarios, el Derecho penal mantiene su autonomía interpretativa; según VERA RIVERA, A.: *Aspectos generales...*, *Ob. Cit.*, pág. 394 y ss., a la norma penal se le puede otorgar un contenido jurídico distinto y a la vez válido, siempre que, como bien apunta SILVA CASTAÑO, M.: *El delito de*

Desde esta perspectiva, los delitos societarios son inmediatamente delitos uniofensivos (a excepción del delito de falsedad en documentos sociales: art. 290 CP que, a más del patrimonio individual, protege la funcionalidad del documento²⁹⁸), virtualmente, el bien jurídico protegido en sentido técnico es el

apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pág. 59, se justifique y no destruya la unidad del sistema jurídico y la exigencia de seguridad jurídica, en la medida en que el Derecho penal está limitado cuando los conceptos de referencia tienen como punto de partida una concreta normativa que los crea y define. Por ejemplo, para el profesor BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, décima edición, Madrid, 1994, pág. 327 y ss., las Cuentas Anuales son un documento con una estructura concreta, fruto de un determinado proceso de elaboración y aprobación, y relativo a unas fechas concretas predeterminadas, que lo diferencia y caracteriza frente a cualquier otro. Por lo que, el Derecho penal no está autorizado a otorgar un significado distinto que aquel que el ordenamiento le ha otorgado para su configuración, como en el caso de los documentos contables, las cuentas anuales. Ahora, se rechaza la postura de deslegitimar la autonomía interpretativa del Derecho penal en función de que son conceptos creados por el ordenamiento jurídico y conceptos que están en la naturaleza (DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., POLO VEREDA, J.: *Problemas generales...*, *Ob. Cit.*, pág. 30, para quienes, si penalmente le asignamos otro significado lo que estaremos es corrompiendo la realidad misma, porque una cosa es interpretar un término cuyo significado existe en la naturaleza, bienes, administrador, sociedad, etc., de suerte que los mismos son susceptibles *a priori* de recibir distintos alcances normativos, que un término que expresa una realidad que sólo existe normativamente, porque si mutamos ésta, lo que hacemos no es dar un alcance distinto a una determinada realidad, sino crear otra realidad distinta a la anterior) el error de esta postura es no entender que los conceptos que se encuentran descritos o definidos con claridad en el ordenamiento jurídico son susceptibles de una interpretación en pro de la unidad del sistema jurídico y no en función de ser nociones tomadas de la naturaleza, de la realidad, puesto que una vez que el concepto ha sido incorporado a la ley, se convierte en una realidad normativa autónoma y que en este sentido y sólo este, interesa al Derecho.

²⁹⁸ Para FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 31 y 120, el art. 290 CP protege simultáneamente la funcionalidad del documento y el patrimonio. De esta opinión, FERRÉ OLIVÉ, J.: «Las falsedades en la información social (art. 290 del Código Penal)», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Ed. Tecnos, coords. GALÁN CORONA, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., Madrid, 1999, pág. 119 y ss.; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido...», *Ob. Cit.*, pág. 21 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 99. En contra, afirmando que se protege tan sólo el patrimonio, FERNÁNDEZ TERUELLO, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 167; POLO VEREDA, J., «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en *La Ley*, 1998-2, pág. 2046 y ss.; RÍOS CORBACHO, J.: «Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)», en *Derecho y proceso penal*, núm. 13, 2005, pág. 64 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa...*, *Ob. Cit.*, pág. 85. Desde una perspectiva bastante original, PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito de falsedad en los documentos sociales...*, *Ob. Cit.*, pág. 238-239, sostiene que, en este delito, se protege únicamente, la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación. Esta opción la construye a partir de entender que, “nos hallamos ante un delito de falsedad documental, consistente, generalmente, en faltar a la verdad en la narración de los hechos por parte de las personas encargadas de confeccionar los documentos que han de servir para dejar constancia del estado real económico o jurídico de la entidad mercantil, configurándose, en consecuencia, como una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares sobre documentos mercantiles...”.

patrimonio individual²⁹⁹. Aunque se reconozca la protección, en línea secundaria, del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles³⁰⁰ y en este sentido, se protegería el orden económico³⁰¹. Por lo que, la doctrina no ha dudado en asegurar que la tipificación de los delitos societarios no sólo era necesaria, sino urgente. Esta cuestión se observará con mucha mayor precisión en los siguientes párrafos, en los que se detallan las razones que justifican su positivización.

Tras la incorporación de los delitos societarios al Código penal de 1995, a pesar de alabarse su inclusión, no han faltado las críticas, tanto por la concreta tipificación de algunos delitos, como sobre todo por la ausencia de otros comportamientos que sí se recogen en la legislación comparada. Para algunos, resulta sorprendente que la mayor parte de los comportamientos que se incriminan ya recibían tutela suficiente por parte de las leyes mercantiles (acción social de responsabilidad, impugnación de acuerdos sociales, etc.), mientras que otros comportamientos que se consideraban de necesaria incriminación, como la no inscripción registral de cuentas anuales y consolidadas, la no convocatoria de juntas o el falso domicilio social, etc., y que en el Derecho comparado sí reciben respuesta claramente punitiva, continúan siendo impunes en nuestro ordenamiento³⁰². Hay que agregar que, según algunos autores, se constatan varios problemas de inseguridad jurídica respecto de su concreta regulación. Por ejemplo, por lo imprecisos e

²⁹⁹ De esta opinión, entre otros, VALLE MUÑIZ, J.: «De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal*, Ed. Aranzadi, dir. QUINTERO OLIVARES, primera edición, Pamplona, 1996, pág. 1303 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.* pág. 32 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 123-129; CUGAT MAURI, M.: «De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, t. I, dir. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M., Madrid-Barcelona, 2004, pág. 1081; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 24 y 31.

³⁰⁰ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 44.

³⁰¹ Sobre esta posición, entre otros: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 134; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 362; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 33; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, PG, cuarta edición, pág. 136 y ss., 156 y ss.

³⁰² DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Prólogo», en *Código Penal y legislación complementaria*, Ed. Civitas, vigésimo primera edición, Madrid 1996, pág. 24; en el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 834.

indeterminados de los elementos que los configuran entre los que destaca: la peculiar definición de sociedad contenida en el art. 297 CP³⁰³, dicho sea de paso, no se corresponde con la definición aportada por el derecho mercantil; se suma a esto, la evidencia de que algunos tipos penales societarios son muy abiertos lo que conduce al equívoco de perseguir conductas penalmente imprecisas³⁰⁴; sin olvidarnos de la equivocada utilización de la técnica para creación de delitos de peligro³⁰⁵, etc. Es de particular interés hacer notar que el precedente terminológico inmediato del *nomen* de los delitos societarios, lo constituyó la expresión “*Delitos Financieros*”, constante en los proyectos anteriores al CP de 1995, sin perjuicio de expresar que la mayoría de las actividades prohibidas descritas en el Capítulo XIII, pueden estar referidas al mundo financiero (aunque no de manera exclusiva, por lo que), sin embargo, correctamente, esta opción fue rechazada por la doctrina. En efecto, a este respecto, se erigieron varias críticas. Las dudas se fundamentaban en la insuficiencia del término para la comprensión íntegra de todos los comportamientos que bajo el mismo se agrupaban³⁰⁶. Se afirmó, la necesidad de establecer un *nomen* que haga mención al ámbito de realización de los hechos punibles³⁰⁷, es decir en relación al factor que explica la agrupación de este conjunto de preceptos como delitos societarios, nos referimos al contexto

³⁰³ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Dykinson, décimo sexta edición, Madrid, 2011, pág. 533-535.

³⁰⁴ GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 100.

³⁰⁵ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 588. Esta autora afirma que, la utilización de tipos de peligro es especialmente recomendable en la incorporación normativa de los delitos societarios, sin embargo, observa que, en el delito societario de administración desleal sería más apropiado la configuración del mismo como un delito de peligro concreto y no de peligro abstracto.

³⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Notas sobre la Propuesta...», *Ob. Cit.*, pág. 73. Manifiesta este autor que, los llamados delitos financieros no tienen ninguna relación con las finanzas, su objeto de estudio se corresponde con los hechos punibles vinculados con la fundación y administración de sociedades. Esto se convierte en argumento plausible para sustituir el desafortunado adjetivo calificativo de *financieros* al que se acompañaba en las primeras investigaciones al momento de referirse a este tipo de comportamientos. Ver la obra de RODRÍGUEZ SASTRE, *Delito financiero*, Madrid, 1934.

³⁰⁷ STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma del derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 55.

societario en el que se produce el comportamiento antijurídico³⁰⁸. Por otro lado, se identificó además posturas que entendían a los delitos societarios en función de la especial y particular relación que existe entre el sujeto activo y la sociedad³⁰⁹. En este sentido, correctamente, se puso de manifiesto que esa relación jurídica sería lo que determina el hecho como delito societario. Posición que ha sido rechazada³¹⁰ en la medida en que se observa que no todos los delitos societarios exigen la verificación de esta relación, en el sentido de que no todos los delitos están contruidos como delitos especiales propios. Sin embargo, para nosotros, los delitos societarios constituyen expresión patente de los delitos de infracción de deber. Por lo que, esta crítica no tiene lugar, los delitos societarios implican siempre una especial relación jurídica previa entre el sujeto activo destinatario de la prohibición penal y el bien jurídico cuyo aseguramiento, protección, estabilidad o mejora debe procurar. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Para nosotros, la característica fundamental del delito societario se encuentra en exclusiva en el comportamiento que el sujeto realiza en el seno de una sociedad³¹¹, en este sentido, *“lo societario es sólo un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito (la sociedad mercantil), el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito. Los delitos societarios abarcan, pues, delitos mediante la sociedad mercantil, delitos en la sociedad mercantil y delitos contra la sociedad o sus socios”*³¹², esto implica, la utilización del entramado jurídico societario como *“sitio”* ideal para su desarrollo³¹³, en la medida que la libertad de acción otorgada al ámbito de organización de las sociedades mercantiles, especialmente las sociedades de capital, les permite actuar con

³⁰⁸ MORALES PRATS, F.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 960.

³⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Delitos societarios», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (Parte especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pág. 473.

³¹⁰ GONZÁLEZ VIZCAYA, E.: «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *Actualidad Penal*, núm. 10, marzo de 1997, pág. 229.

³¹¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., POLO VEREDA, J.: *Problemas generales...*, *Ob. Cit.*, pág. 25.

³¹² RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido...», *Ob. Cit.*, pág. 20.

³¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones...», *Ob. Cit.*, pág. 682.

cierta facilidad y con una amplia gama de medios para lograr sus fines, confundidos generalmente con el interés social.

Entonces, la protección de la sociedad, socios y terceros contra determinados actos que ocurren en el ámbito de lo societario como escenario para la comisión de delitos, forjó la necesidad de instaurar la categoría de los delitos societarios³¹⁴, delitos que requieren necesariamente que se evidencie la situación de poder que comporta el administrador o socio desleales, delitos que a su vez son entendidos como comportamientos prohibidos caracterizados por algún elemento del tipo propio de la realidad jurídica que conforma una sociedad³¹⁵ (art. 290: estados financieros y económicos; art. 291 y 292: decisiones de los órganos societarios; art. 293: derechos de los socios; art. 294: obligaciones sociales ante la Administración; y, aunque no comprendido dentro de los delitos societarios, si clasificable bajo esta categoría por los caracteres esgrimidos, el art. 252, en los supuestos estudiados: infracción deberes orgánicos de los administradores). Por lo que esta regulación se convierte, en el arma más eficaz contra este tipo de delincuencia³¹⁶, en la que se observa que sus comportamientos han ocasionado y siguen produciendo daños no sólo contra empresarios y acreedores, sujetos estrictamente vinculados y relacionados con el ámbito de organización de la sociedad mercantil, sino que además se verifican perjuicios en contra de terceros ajenos al ámbito de acción empresarial³¹⁷, entre los que se incluyen los consumidores, ahorradores e

³¹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.: *Derecho Penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, VV. AA., tercera edición, Valencia, 1999, pág. 544.

³¹⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Aspectos Generales de los delitos societarios», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Ed. Universidad del País Vasco, 1996, pág. 190.

³¹⁶ GIMENO SENDRA, V.: «Prologo», en *Delitos Socioeconómicos*, Comentarios a los arts. 262, 270 al 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia), autores: MORENO CÁNOVES, A., RUÍZ MARCO, F., Ed. Edijus, Zaragoza, 1996, pág. 22.

³¹⁷ En el ámbito de lo mercantil, alrededor de la sociedad se encuentran terceros que se ven perjudicados de manera directa ante la infracción de los deberes inherentes al órgano de administración, por ejemplo: no solicitar la disolución de la misma cuando exista causa legal para ello y, aún a pesar de esta situación jurídica, se continúa contrayendo obligaciones (acreedores perjudicados) o se captan nuevos recursos (inversionistas perjudicados) terceros que de conocer la situación de la sociedad difícilmente hubieran realizado negocio jurídico alguno con aquella. Además, se puede corroborar la afectación de terceros inversionistas que intervienen en procesos de reestructuración empresarial y los gestores de una de las sociedades

inversionistas, razón por la que los intereses de estos últimos se encuentran incluidos en el ámbito de protección de estos delitos. Sólo en este marco normativo, se entiende que se haya querido tipificar el delito de administración desleal, una prohibición que, en el ámbito normativo previo, es decir, en la esfera del ordenamiento societario, es indiscutible su necesidad y justificación. El problema estaba en que no sólo los ataques patrimoniales contra patrimonios sociales requieren de la protección jurídico-penal, sino que este argumento político-criminal (con los matices del caso) es predicable respecto de todo tipo de patrimonio confiando a un tercero. Una situación normativa que no supo entender correctamente el legislador de 1995. Revisemos cómo en efecto, quiso solucionar el problema el referido legislador.

2. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA DEL CP DE 1995

Como señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS³¹⁸, a diferencia del Derecho español hasta la codificación de 1995, la mayoría de ordenamientos jurídicos del entorno tipificaban de manera expresa las conductas de infidelidad o administración desleal. Entre los modelos escogidos podríamos señalar que los de Alemania³¹⁹, Austria, Suiza y Portugal se decantaban por un tipo genérico de administración desleal ubicado entre los delitos que atentan contra el

intervinientes ocultan información sobre el estado de la empresa generando un perjuicio que puede encajar con facilidad en los términos típicos de los delitos societarios.

³¹⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 65.

³¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La malversación como delito de administración desleal», en *La administración desleal...*, Ob. Cit., pág. 126, quien señala que, el tipo de administración desleal surge en Alemania a principios del siglo XIX y aparece en el Código penal de 1871, en el artículo 266 StGB. En esta norma, se puede observar la existencia de dos tipos claramente diferenciados: el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Abarcaba tres supuestos específicos, detallados en el número uno. Se determina que el que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, comisión de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o el que por ley, comisión de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza tiene el deber de percibir o ejercer intereses patrimoniales ajenos, los lesiona, ocasionando de esa forma daño a los intereses que le han sido confiados, será castigado con privación de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. En el número dos, se agrava la pena de uno a diez años, en los casos especialmente graves.

patrimonio³²⁰. Italia decidió incorporar normativamente esta clase de comportamientos lesivos creando un tipo específico de administración desleal societaria. Por último, Francia decide acoger las dos formas de infidelidad: incorpora un tipo genérico de administración desleal y a su vez una categoría diferenciada denominada delitos societarios.

En este sentido, apunta BACIGALUPO ZAPATER que en el Derecho comparado europeo moderno se constata la existencia de dos momentos legislativos diferenciados para la tipificación del delito de administración desleal. En un primer momento, desarrollado en la tercera década del siglo XX, mediante tres líneas legislativas diferentes: a) en Alemania (1933), Austria (1931) y Suiza (1937) por un lado; luego, b) Francia (1935); y, finalmente, c) Italia (1942). En un segundo momento, que se corresponde con la situación actual, existen dos tendencias claramente definidas: a) los ordenamientos jurídicos que han escogido un modelo de administración desleal autónoma e independiente de los delitos societarios (Alemania, Austria, Eslovenia, Polonia, Portugal, Suiza y recientemente España); y, b) las codificaciones que contienen diversas hipótesis modeladas para configurar un tipo específico de administración desleal societaria, tipos penales independientes de una configuración genérica (Italia y Francia en el Código Civil y en las leyes de

³²⁰ Para, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 389, el parágrafo 266 del CP o StGB alemán, el artículo 159 del CP suizo y el parágrafo 153 del CP austriaco, constituyen las referencias básicas de los ordenamientos germanos. El § 266 del código penal alemán (StGB) establece, «1. El que abusa de las facultades que le han sido acordadas por una Ley, comisión de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o el que por Ley, comisión de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza tiene el deber de percibir o ejercer intereses patrimoniales ajenos los lesiona, ocasionando de esa forma daño a los intereses que le han sido confiados, será sancionado con privación de la libertad de hasta cinco años o con pena de multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de la libertad será de uno a diez años.»; el art. 159 del código penal suizo señala, «1. El que lesiona el patrimonio de otro, que tiene el deber de cuidar establecido por Ley o aceptado contractualmente, será sancionado con prisión. 2. Si el autor obra con ánimo de lucro, la pena será de prisión de hasta cinco años y multa. 3. La administración desleal en perjuicio de un pariente o de un pariente político sólo será perseguida si se interpone contra él querella.»; y, el § 153 del código penal austriaco determina que, «1. El que a sabiendas abusa de las facultades que le han sido otorgadas por Ley, comisión de la autoridad o negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno y, de esa manera, ocasione al otro un perjuicio patrimonial, será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta trescientos sesenta días. 2. El que mediante el hecho provoca un perjuicio superior a 5.000 schellings será punible con privación de la libertad de hasta tres años y si el perjuicio supera los 100.000 schellings con privación de libertad de uno hasta diez años.»

sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, leyes que regulan el funcionamiento de las sociedades de capital, España estaba ubicada en esta categoría antes de la reforma del CP mediante LO 1/2015)³²¹.

En este sentido, la incorporación del tipo de administración desleal en el Código penal de 1995, obedecía a la necesidad de dar respuesta a una serie de prácticas ilícitas de la suficiente entidad para no bastar la respuesta de las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible, porque, al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador pero sin engaño previo al administrado y sin apropiarse tampoco de bienes, sus elementos no estaban incluidos ni en la estafa, ni en la apropiación indebida³²². Se llegó a afirmar incluso, que los comportamientos de administración desleal de patrimonio ajeno en principio, no son punibles en Derecho español, porque se trata de comportamientos que perjudican un patrimonio ajeno confiado al autor sin que en ellos se den los elementos de la “*estafa*”, básicamente porque no hay engaño, y porque, en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluye la tipicidad; ni los de la “*apropiación indebida*”, ya que no implican apropiación de dinero o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general y no a la propiedad de cosas determinadas³²³. Estos hechos, se perseguían a través de la alternativa que el legislador del Código penal del 73 ofrecía: los clásicos delitos patrimoniales. La apropiación indebida que, al no apreciar el engaño como determinante del perjuicio patrimonial, acogía la calificación de apropiación indebida, en su modalidad de distracción de dinero para lo que constituiría el delito de administración desleal. Además, el delito de estafa, que con una estructura típica insuficiente y con un molde penal no pensado para la sanción de las conductas identificables con el tipo de administración desleal, hacían imposible la subsunción de estos comportamientos en este tipo penal.

³²¹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 204.

³²² LUZÓN, D., ROSO, R.: «La administración...», Ob. Cit., pág. 29-30.

³²³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la administración...», Ob. Cit., pág. 387.

Lo que conducía de manera inexorable a dos consecuencias: a) la puesta en peligro del principio de legalidad (por la *sui generis* aplicación de la modalidad de distracción de dinero como administración desleal); y, b) la impunidad de comportamientos que atacaban gravemente el patrimonio, por no estar tipificados.

Se afirma que en España han existido dos propuestas de *lege ferenda* para la elaboración del delito de administración desleal, una opción que lo configura como un tipo genérico de administración desleal y una opción que lo circunscriba a un concreto ámbito, es decir, un tipo específicamente societario. El legislador de 1995, optó por circunscribir el delito de administración desleal, de manera exclusiva, al ámbito societario. Por eso, no era difícil sostener que los denominados delitos societarios constituían expresión clara y fehaciente de la criminalización de aspectos directamente vinculados con la actividad empresarial, recogiendo el Código Penal una serie de hechos que, con mayor o menor acierto, se han considerado más gravemente atentatorios a lo que se estima actividad correcta dentro del ámbito societario, como son: el abuso de la posición mayoritaria en la adopción de acuerdos lesivos; la imposición de acuerdos cuya adopción se encuentra revestida de ilegitimidad por votaciones irregulares; la limitación al ejercicio del derecho de información de los socios; la disposición de bienes irregular y en algunos supuestos autorizada por el órgano decisorio, sin embargo plenamente contraria al interés social; la falsedad y manipulación de las cuentas y los estados financieros; entre otros supuestos que se relacionan de manera directa o indirecta con el tipo de administración desleal.

En España, el texto del art. 295 CP, que contenía el tipo de administración desleal específicamente societaria, se configuraba a partir de la infracción de un deber por parte del administrador o socio (cuando actuaba como administrador de hecho). Deber (de lealtad) que era necesario definir a efectos de entender los límites y contornos propios del mismo, para reconocer en qué situaciones se podía hablar de una infracción de este deber; y en este sentido, determinar si la administración desleal es o no un supuesto de infracción de este deber, abusando de las funciones propias del cargo. Este tipo

penal tenía como función cubrir las lagunas punitivas en el ámbito del funcionamiento de las sociedades mercantiles, especialmente el de las sociedades de capital, en donde la necesidad de pena se acentúa porque las repercusiones y consecuencias fácticas de sus actuaciones fraudulentas y desleales, se observan y verifican en el tráfico jurídico privado y mercantil. Pero, además, también por la gravedad y lesividad del comportamiento, se podría condicionar de algún modo, el normal funcionamiento del orden económico establecido y garantizado normativamente por la CE³²⁴.

Respecto de la concreta estructura típica, el modelo específicamente societario del suprimido art. 295 CP, establecía la responsabilidad penal para aquellos administradores de hecho o de derecho (y los socios) de cualquier sociedad que en beneficio de alguna persona (propio o de terceros), con abuso de las funciones del cargo, dispongan (fraudulentamente) de los bienes sociales o contraigan obligaciones a cargo de la sociedad, causando un perjuicio económico a alguno de los sujetos pasivos descritos en el tipo³²⁵. En este sentido³²⁶, en esta tipificación destacaba la inclusión de los administradores de hecho o de derecho, tal y como se propusiera en el art. 296 del Proyecto del Código penal de 1994. Sobre esta referencia, es preciso señalar que los destinatarios de la prohibición eran exclusivamente los administradores de cualquier sociedad de carácter mercantil, en los términos del art. 297 CP, sin importar si formalmente existía personalidad jurídica o no. Lo que, si quedaba fuera del ámbito de protección, eran las sociedades civiles cuyo objeto social

³²⁴ Se advierte que, para avanzar en el tratamiento de esta figura, era necesario distinguir entre que, de acuerdo con el texto de los diferentes artículos pueda parecer que están dirigidos a sociedades de capital y, por otro lado, que el propio texto legal proporcionaba una enumeración de lo que debe considerarse sociedad a efectos de los delitos societarios.

³²⁵ Art. 295 CP: *“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capitales que administren, serán castigados...”*.

³²⁶ Este comentario del artículo, se realiza a efectos de entender muy resumidamente como estaba establecido el tipo, a lo largo de la segunda parte, especialmente en el capítulo sobre la tipicidad objetiva, a nota de pie de página, se señalarán con detenimiento los caracteres diferenciadores de la administración desleal del art. 295 CP respecto de la nueva tipificación.

no era mercantil³²⁷. Obviamente también quedaba fuera de la protección todo tipo de patrimonio no societario. En este sentido, nuevamente, de lo que se trataba era de restringir el ámbito de aplicación del precepto y no, de restringir el círculo de posibles sujetos activos. La referencia a los socios debía entenderse como una actuación de los mismos, cuando aquellos ejercen las funciones de los administradores³²⁸.

Las dudas estaban en quién debía considerarse el sujeto pasivo de la infracción, por cuanto, no existía coincidencia material entre el objeto de la acción y los sujetos pasivos que el tipo penal directamente establecía, porque el perjuicio patrimonial se debía determinar respecto de los intereses de los sujetos pasivos que el tipo penal señalaba³²⁹. Respecto del perjuicio, es de destacar el hecho de que se trataba de un perjuicio económicamente evaluable, por lo que, se suscitaban dudas respecto de si se trataba de la determinación positiva o legal de un concepto eminentemente económico o mixto de patrimonio, descartando la posibilidad de interpretar como parte del fundamento del patrimonio, las finalidades del titular del mismo, quedando no abarcado el concepto personal de patrimonio³³⁰.

Respecto de la conducta típica, existía una específica determinación de los comportamientos típicos, consistentes en la disposición de los bienes sociales o en la contracción de obligaciones a cargo de aquella. Además, debía realizarse la conducta en beneficio propio o de un tercero. Respecto del abuso, ha existido también, mucha discusión, porque un sector de la doctrina argumentaba en función de este requisito típico, que se trataba de un tipo penal que recogía tan sólo la protección del patrimonio de los ataques externos (tipo de abuso) y, por tanto, este elemento caracterizaba la esencia típica de la administración desleal del art. 295 CP³³¹. Otro sector, por su parte argumentaba

³²⁷ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., primera edición, pág. 113.

³²⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 122-123.

³²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 34 y ss.

³³⁰ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 413; en el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 283.

³³¹ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 273.

que el abuso de las funciones estaba referido a las facultades que previamente había recibido el administrador y, por tanto, lo fundamental era observar que el abuso se llevaba a cabo como consecuencia de la infracción de aquellas³³². Por último, también había quien sostenía que se trataba de un elemento retórico e innecesario³³³.

En lo que se refiere a la discusión sobre la determinación del bien jurídico protegido por el tipo de administración desleal específicamente societaria del suprimido art. 295 CP, señalaremos que, aunque la doctrina mayoritaria se inclinaba por incluir el delito de administración desleal como uno patrimonial³³⁴, como se constatará, también es preciso anotar que la mayoría de autores lo consideraban como un delito económico, apoyándose en el criterio de sostener que este delito protege tanto intereses individuales como supraindividuales³³⁵. Hay que matizar que esta postura proponía un bien jurídico colectivo como objeto de protección inmediato: la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico. Sin embargo, para nosotros los bienes jurídicos supraindividuales, como el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, etc., se protegen de manera mediata e incluso podrían ser considerados como parte de la *ratio legis*³³⁶. Aunque se pueda discutir si en determinados delitos, la protección del patrimonio no sea el único bien jurídico protegido y por ende atacado. En este sentido, las conductas de los diferentes tipos penales que se encuentran ubicados sistemáticamente en el epígrafe “*delitos societarios*”, no se refieren de manera exclusiva a la protección del patrimonio, sirva de ejemplo el texto del art. 291 CP, que establece que aquellos que, “*prevaliéndose de su situación*

³³² VALLE MUÑIZ, J.: «De los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, quinta edición, pág. 919.

³³³ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, PE, sexta edición, pág. 559.

³³⁴ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 184. Revisar esta cuestión en el capítulo sobre el bien jurídico.

³³⁵ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de Lege Ferenda*, Ed. Comares, Granada, 2005, pág. 10.

³³⁶ Esta opinión es importante, porque como se verá, coincide con los resultados y conclusiones, a los que hemos llegado en el capítulo dedicado al bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 252 CP.

mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos”, o el texto del art. 293 CP, en el que se expresa que los administradores “*de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes*”. Por esta razón, algún autor ha propuesto considerar que la prohibición de las conductas descritas en los tipos penales societarios, persiguen asegurar el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles, para coadyuvar a la estabilidad y buen orden del sistema económico³³⁷. De este modo, se podría afirmar que en estos tipos penales se protege no sólo el patrimonio, sino, además, v. gr., (de manera mediata) el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, el ejercicio de los derechos políticos de los socios, etc. Esto, ayudaría a sostener que la conceptualización de estos comportamientos como delitos patrimoniales resultaría insuficiente, porque se trataría de conductas más próximas al modelo dogmático de los delitos societarios. El fenómeno de la delincuencia societaria no sólo afecta a intereses individuales, sino que es un fenómeno económico³³⁸, el Derecho penal societario no puede servir a la exclusiva protección de un mecanismo de transferencia de riesgos de unos grupos a otros, sino que ha de tender a asegurar que las sociedades mercantiles desempeñen una función compatible con los mandatos constitucionales (de los arts. 9.2 y 33.2), que prevén el sometimiento de los órganos del Estado a una actuación en función de la igualdad material y por tanto suponen someter el contenido del derecho a la propiedad privada a una función social³³⁹.

Esto, aunque resulte evidente, requiere una adecuada articulación y tratamiento, porque el actual delito de administración desleal del art. 252 CP, un tipo que protege el patrimonio ajeno sin limitación de quién es el titular, incluye en su ámbito de aplicación supuestos que son específicamente

³³⁷ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 623.

³³⁸ DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 26.

³³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa...*, *Ob. Cit.*, pág. 79.

societarios, por lo que el tratamiento de este grupo de supuestos debe observar, sobre todo, las reglas de imputación que en el ámbito de los delitos societarios se desarrollen. Si se considera que los supuestos de administración desleal del órgano de administración son un genuino delito societario, no es solamente a efectos clasificatorios o de sistematización, sino sobre todo a los efectos de que la interpretación de estos supuestos no se realice en base a las construcciones que de los delitos patrimoniales se ha hecho, sino precisamente rescatar y utilizar aquello que en el ámbito de los delitos societarios se haya desarrollado para aplicar de mejor manera la ley penal. La interpretación debe tomar en consideración esta cuestión. Porque, aunque nos encontremos ante un delito patrimonial, no lo es en el sentido tradicional de la expresión.

Llegados a este punto, debemos ofrecer una explicación de la aparición del art. 252 CP, porque como hemos puesto de manifiesto, la evolución normativa de las figuras de administración desleal ha transitado desde la administración desleal de todo patrimonio pasando por la protección tan sólo del patrimonio societario, para finalmente ser regulada en una hipótesis de administración desleal de patrimonios ajenos. Es cierto que este último cambio normativo obedece a una adecuada y necesaria protección de todo tipo de patrimonio, porque como ha puesto de manifiesto la doctrina, no existe justificación político-criminal para limitar la punibilidad de estos comportamientos exclusivamente cuando ocurran en el ámbito societario. Esto significa que la nueva administración desleal es mucho más amplia que la anterior, y en este sentido, caben los comportamientos desleales del órgano de administración. Pero también significa que por la forma en que ha sido redactado el tipo, sin justificación político-criminal alguna, y sin relación con la evolución de su inmediato predecesor (incluyendo las hipótesis constantes en los diferentes Proyectos y Anteproyectos), se han eliminado importantes elementos que determinaban de una manera mucho más respetuosa con el principio de legalidad, los elementos que estructuran la tipicidad. No tiene justificación político-criminal porque, por ejemplo, la determinación adecuada del autor típico y de los comportamientos típicos, no es incompatible con una administración desleal genérica. Todo lo contrario, forjaría una mejor

aplicación del precepto, en el sentido de que se dotaría a la aplicación de la norma, de seguridad y previsibilidad. Esta situación ha traído consigo la necesidad de explicar el porqué de la positivización de la nueva administración desleal. En el marco de esta explicación, revisaremos tanto la doctrina que el Tribunal Supremo ha construido de la modalidad de distracción de dinero del antiguo art. 252 CP, así como la doctrina del parágrafo 266 StGB, porque el propio legislador (y la doctrina) nos permite suponer que de estas construcciones se han extraído los criterios que han permitido modelar el nuevo tipo penal. Esta tarea se realiza con una finalidad dogmático-práctica: determinar qué elementos de la provechosa discusión son trasladables para la interpretación y posterior aplicación del art. 252 CP.

IV. EXPLICACIÓN DE LA POSITIVIZACIÓN DEL ART. 252 CP

1. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: RECEPCIÓN DEL MODELO ALEMÁN

En lo que respecta a la incorporación de este tipo penal en el ordenamiento jurídico español, algunos autores sostienen que es una “importación” del parágrafo 266 StGB³⁴⁰. Por esta razón, se hace preciso, trasladar a modo de aproximación, la discusión y pormenores que en torno a esta figura se ha suscitado en la doctrina germana³⁴¹. Pero a esto debemos añadir

³⁴⁰ Entre los que cabe citar, MANZANARES SAMANIEGO, J.: «El nuevo delito de administración desleal», en *Diario La Ley*, núm. 8046, Sección Doctrina, 19 de marzo de 2013, sin paginación, al inicio del artículo; en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII)», en *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, cuarta ed., coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J., Valencia, 2015, pág. 415. En sentido parecido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos*, La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pág. 62. Este autor señala que el modelo de la tipificación en concreto es el tipo de abuso del § 266 StGB; también, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 2015, pág. 535. Por su parte, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 51, aseguran que en realidad la similitud se da en relación al parágrafo 153 ÖStGB, aunque, aclaran que, pese a las diferencias de redacción, el injusto del precepto español se corresponde con el del 266 StGB.

³⁴¹ Para BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la administración...», *Ob. Cit.*, pág. 389, el parágrafo 266 del CP alemán, el artículo 159 del CP suizo y el parágrafo 153 del CP austriaco, constituyen las referencias básicas de los ordenamientos germanos; en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 268; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 15. BACIGALUPO ZAPATER (pág. 389-390), nos proporciona una traducción de los referidos textos:

§ 266 del código penal alemán (StGB): «1. El que abusa de las facultades que le han sido acordadas por una Ley, comisión de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o el que por Ley, comisión de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza tiene el deber de percibir o ejercer intereses patrimoniales ajenos los lesiona, ocasionando de esa forma daño a los intereses que le han sido confiados, será sancionado con privación de la libertad de hasta cinco años o con pena de multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de la libertad será de uno a diez años.»

Art. 159 del código penal suizo: «1. El que lesiona el patrimonio de otro, que tiene el deber de cuidar establecido por Ley o aceptado contractualmente, será sancionado con prisión. 2. Si el autor obra con ánimo de lucro, la pena será de prisión de hasta cinco años y multa. 3. La administración desleal en perjuicio de un pariente o de un pariente político sólo será perseguida si se interpone contra él querella.»

§ 153 del código penal austriaco: «1. El que a sabiendas abusa de las facultades que le han sido otorgadas por Ley, comisión de la autoridad o negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno y, de esa manera, ocasione al otro un perjuicio patrimonial, será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta trescientos sesenta días. 2. El que mediante el hecho provoca un perjuicio superior a 5.000 schellings será punible con privación de la libertad de hasta tres años y si el perjuicio supera los 100.000 schellings con privación de libertad de uno hasta diez años.»

que la real motivación o finalidad de este apartado, no se circunscribe solamente a un mero acercamiento que ya hemos dicho se convierte en necesario por las razones expuestas, sino que precisamente, en el ámbito de nuestra investigación queremos determinar si la distinción que se realiza respecto de un tipo de abuso y un tipo de infidelidad según el texto del párrafo 266 StGB, es o no trasladable para la interpretación del art. 252 CP³⁴². Toda vez que esta distinción sirvió también para fundamentar la interpretación de la modalidad de distracción de dinero del antiguo art. 252 CP. Por lo que, en el apartado que a continuación sigue, nos acercaremos a modo de introducción en las cuestiones más relevantes y discutidas, porque como algún autor ha puesto de manifiesto, la especial influencia de este ordenamiento en los diferentes tipos penales de administración desleal de países como España, Italia y Portugal, entre otros, justifica repasar y estudiar lo que se protege en aquél³⁴³.

Lo que sí debe resaltarse es que lo importante no está en entender y estudiar a los tipos de administración desleal como construcción dogmática alemana, cuyo estudio precisamente se requiera porque es el ordenamiento que los perfiló tempranamente y en cuya tradición existe una discusión doctrinal sobre la relación sistemática que entre ellos debe operar, cuestión que es importante; sino que, es preciso estudiarlos porque constituyen las formas

³⁴² Cabe mencionar que en España, aunque no proliferan los estudios y monografías puntuales sobre la materia, no es menos cierto que no son pocos los autores que mediante monografías y artículos científicos nos han comunicado el estado de la cuestión, entre otros: BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 385 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Los delitos societarios en la reforma penal», en *Hacia un Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, pág. 154 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 268 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L.: «Los delitos societarios en el Proyecto...», *Ob. Cit.*, pág. 59; DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pág. 533; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre 1992, pág. 192; NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración fraudulenta...*, *Ob. Cit.*, pág. 13 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa...*, *Ob. Cit.*, pág. 90 y ss.; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, primera y segunda edición, 1996, pág. 562, 2015, pág. 356 y ss.; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario de administración desleal (art. 295)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 144 y ss.; MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *Ob. Cit.*, pág. 18 y ss.

³⁴³ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 13.

paradigmáticas y genéricas en que se puede producir un ataque al patrimonio administrado por quien tiene el deber de su custodia y protección. El administrador tiene incorporado a su ámbito de organización la posibilidad de decidir sobre el patrimonio administrado. Estas decisiones que se realizan sobre el patrimonio administrado son susceptibles de ser observadas en los supuestos en los que exista negocio jurídico y en aquellos en los que no. Esto es lo que dio paso a la distinción entre un tipo de abuso y un tipo de infidelidad. En los supuestos en los que exista negocio jurídico, nos encontramos ante el tipo de abuso, en los supuestos en los que no existe, nos encontramos ante el tipo de infidelidad. Por tanto, indiferentemente de que en el ordenamiento germano se observe esta discusión, porque el tipo penal en concreto ha positivado las dos posibilidades, lo importante no es únicamente la distinción a efectos de limitación o delimitación, sino a efectos de comprensión del total fenómeno normativo, para establecer correctamente los criterios de imputación que en el caso concreto se deben observar. Por esta razón, el estudio que realizaremos de los referidos tipos de abuso e infidelidad, tendrán como finalidad entender adecuadamente en qué consisten, para primero determinar si cabe o no una diferenciación o delimitación en relación a estas formas de administración desleal respecto del art. 252 CP, pero sobre todo, y en segundo lugar, para entender adecuadamente cómo se producirá el comportamiento típico capaz de producir un resultado de perjuicio al patrimonio administrado en los términos típicos de la vigente administración desleal, para establecer criterios adecuados de imputación.

Por tanto, se debe entender que estos apartados no son independientes de los que luego se construirán para establecer los criterios de interpretación típica, es decir, que, todo lo que se discute en este ámbito es fundamental para entender la administración desleal y para determinar cómo imputar cuando un administrador adecúa su comportamiento de conformidad a lo establecido en el art. 252 CP³⁴⁴; pero esto no se debe confundir con el hecho de que la discusión alemana (problemas de interpretación y de aplicación entre el par normativo

³⁴⁴ Esto implica aceptar que la doctrina y jurisprudencia alemanas tienen un recorrido interpretativo que podrá ser útil en lo que quepa respecto de la discusión española.

tipo de abuso y tipo de infidelidad) no debería condicionar la delimitación del ámbito de aplicación de la administración desleal española, eso es precisamente lo que también fundamentaremos en los próximos apartados. Antes, brevemente expondremos cómo ha surgido el tipo penal en el ordenamiento alemán y luego estudiaremos la cuestión resaltada. Primeramente, señalaremos que en el Derecho penal alemán no existe un delito societario de administración desleal³⁴⁵, sino un tipo genérico de infidelidad patrimonial o gestión desleal (*“Untreue”*)³⁴⁶. Esto, sin embargo, no significa en modo alguno que exista laguna de punibilidad, por cuanto el CP alemán distingue entre un delito de apropiación indebida (*“Unterschlagung”*)³⁴⁷, incluido en el parágrafo 246, y un delito de infidelidad o deslealtad patrimonial (*“Untreue”*)³⁴⁸, contenido en el

³⁴⁵ Cabe mencionar que los tipos específicos de administración desleal acaecida en el seno de una sociedad mercantil se encontraban establecidos dentro de la normativa mercantil alemana; así, el § 294 de la Ley de Sociedades Anónimas y el § 81 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Revisar, MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, Ob. Cit., pág. 19. Esta autora expresa que, en 1965 se derogó el § 294 de la Ley de Sociedades Anónimas y en 1970 el § 81 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Dada la amplitud del texto punitivo del parágrafo 266, fueron derogados mediante la Ley StrRG: *Gesetz zur Reform des Strafrechts* (Ley de reforma del Derecho Penal), de 25-6-1969 (BGBl. I 645).

³⁴⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 66.

³⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», Ob. Cit., pág. 9 y 268. El delito de apropiación indebida tipificado en el art. 246 castiga la lesión del derecho de propiedad mediante una acción de apoderamiento. Este autor se apoya en el criterio de los siguientes autores: DREHER, E., TRÖNDLE, H.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45 Aufl., München, 1991, parágrafo 246, Rn. I; ESER, A.: «parágrafo 246», en *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24 Aufl., dir. SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H., C. H. Beck, München, 1991, Rn. I. El parágrafo 246 del StGB castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa a quien “se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena que tenga en su posesión o bajo su custodia”; además se prevé un tipo cualificado, que permite elevar la pena privativa de libertad hasta los cinco años “si la cosa le ha sido confiada” al autor.

³⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», Ob. Cit., pág. 268. El delito del art. 266 protege exclusivamente el patrimonio y castiga conductas de infidelidad patrimonial en el manejo de bienes ajenos. Por tanto, las coincidencias entre las figuras de los parágrafos 246 y 266 son meramente superficiales y extrínsecas. Sin contar las diferencias derivadas de las especiales cualidades de autoría requeridas por el parágrafo 266, este precepto no presupone un acto de apropiación, ni siquiera tampoco la pura intención de apropiación. dirigida a lesionar el derecho de propiedad. Incluso. de acuerdo con el Derecho vigente, la modalidad de obrar con abuso de confianza (*Veruntreuung*) es una mera cualificación de la *Unterschlagung*, y no ofrece tránsito alguno hacia la *Untreue*. Este autor se apoya en el criterio de los siguientes autores: MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teil band 1*, 7 Aufl., Heidelberg, 1988, Rn. 4, pág. 496. La modalidad del delito de infidelidad patrimonial es conocida también en otros Códigos penales de países que siguen, con ciertas variantes, el modelo germánico, como son: el CP suizo (art. 159), el austríaco (art. 153) o el portugués (art. 319).

parágrafo 266³⁴⁹, que hasta la vigencia del nuevo art. 252 CP, no encontraba parangón en el ordenamiento jurídico-penal español³⁵⁰. Por lo demás, el derecho alemán, conoce al menos desde el siglo XIX un delito patrimonial de administración desleal “*die Untreue*”³⁵¹, como resultado del proceso histórico de separación entre delitos (de apropiación) contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, los cuales se encontraban irremediabilmente entrelazados en el antiguo derecho común³⁵². Por otro lado, recordemos que la incorporación normativa del delito de administración desleal en Alemania desde sus inicios se encuentra entre la de aquellos países que han optado por la creación de un delito genérico de infidelidad patrimonial lo que implica una configuración no restringida al ámbito societario³⁵³. En efecto, el tipo de administración desleal

³⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 268.

³⁵⁰ ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 124, quien expresa que la *Comisión Especial del Parlamento Federal para la reforma del Derecho penal*, con el apoyo del Ministerio Federal de Justicia, fue la encargada de crear, no un nuevo StGB, más sí una nueva Parte general completa y algunas reformas parciales de la Parte especial, proseguidas por el Parlamento en las siguientes legislaturas, aunque en conjunto con carácter sólo fragmentario. Reforma entre las que implicó derogar las los tipos de administración desleal que se encontraban en las leyes mercantiles; según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 16-17, tan sólo permanece en vigor una norma delictiva específica en el ámbito de la circulación de títulos valores, la llamada apropiación indebida de depósito (*Depotunterschlagung*), contenida en el art. 34 de la *DepotG: Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren* (Ley sobre depósito y adquisición de títulos valores), BGBl. III, 4130; también se debe señalar que como afirma SCHÜNEMANN, B.: «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho penal en Alemania”*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. 8, pág. 33 y ss., el CP alemán actualmente ya recoge otras figuras subsidiarias y complementarias de la administración desleal introducidas con el fin de cubrir el déficit político criminal.

³⁵¹ SCHÜNEMANN, B.: *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch (LK)*, Aufl., Berlín - New York, De Gruyter, 1998, § 266 Rdn. 28., citado por HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: «La administración desleal en el Derecho penal chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, pág. 242. Para BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, *Ob. Cit.*, pág. 208, el concepto de infidelidad (patrimonial) no aparece en FEUERBACH, J.: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, décimo cuarta edición, 1847, más que como forma de apropiación indebida (*Unterschlagung*) y se apoya también en BERNER, F.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, décimo octava edición, 1898, pág. 589 y ss., y BINDING, K.: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, I, segunda edición, 1902, pág. 395 y ss.

³⁵² Nótese que a pesar de padecer el ordenamiento jurídico-penal español del mismo problema jurídico a nivel conceptual y de redacción normativa que el ordenamiento alemán, no es sino hasta la LO 1/2015 que en España se decide dotar de autonomía típica a la administración desleal genérica, salvando el hecho de que primero, el antiguo art. 529.1 CP de 1973 de la estafa; y, en segundo lugar, el art. 535 CP de 1973 de apropiación indebida, a través del tipo de interpretación permitieron la punibilidad de los graves comportamientos de administración desleal.

³⁵³ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 143.

surge en Alemania a principios del siglo XIX; en el Código penal de 1871³⁵⁴ se pueden observar los rasgos característicos que ahora nos son familiares, abarcando tres supuestos específicos de administración desleal y en definitiva estructurando un tipo que delimitaba sus posibles autores en los tutores, curadores, subastadores, etc.³⁵⁵ El precepto se podía interpretar de acuerdo con tres teorías, a saber: a) la que entendía el delito como un abuso de los poderes de disposición sobre el patrimonio ajeno en la calidad de administrador; b) la que lo concebía como la infracción de un deber jurídico de cuidado del patrimonio ajeno; y, c) la que lo consideraba como la lesión de una relación de confianza con base jurídica o no. Respecto de la mencionada codificación, se acogió de manera preponderante, la primera teoría interpretativa³⁵⁶. El delito de administración desleal o tipo de “*Untreue*” del StGB, en la configuración actual, tiene su origen en la Ley de 26 de mayo de 1933; sin embargo, como acabamos de señalar, el Derecho alemán cuenta con tipos de administración desleal desde los inicios del siglo XIX, como consecuencia práctica de la aplicación de la doctrina del Derecho natural que implicaba reprobar los comportamientos que lesionan un derecho subjetivo de carácter patrimonial³⁵⁷. El delito de administración desleal consistiría básicamente en la causación de un perjuicio doloso para el patrimonio ajeno, mediante la violación del deber

³⁵⁴ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 144. Este autor sostiene que desde este año, a diferencia del Derecho español, Alemania concibe el tipo penal de administración desleal de patrimonio ajeno y configurado como un delito autónomo del tipo de apropiación indebida; en el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 209, citando a BERNER, F.: *Lehrbuch...*, Ob. Cit., pág. 591.

³⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La gestión desleal del patrimonio ajeno», en *Derecho y Empresa*, Ed. Dijusa, núm. 1, febrero de 2005, pág. 1-2.

³⁵⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 210. Sobre la interpretación del tipo penal de administración desleal a partir de la codificación reseñada, manifiesta este autor que no existió acuerdo sobre la interpretación de la esencia del delito. Reseña que BERNER lo definía como el quebrantamiento de una relación de confianza, como la acción de perjudicar intencionalmente en sus derechos patrimoniales a otro, cuyos intereses se está obligado a custodiar mediante una acción propia del ámbito de tales obligaciones. Continúa expresando que para VON LISZT, el núcleo del tipo era la infracción de un deber, la administración desleal es la infracción de las relaciones contractuales o similares a las contractuales de las que surge el deber de custodiar intereses ajenos que le han sido confiados. Y remarca que para BINDING, constituye un supuesto de abuso de poderes por parte del administrador, la infidelidad es el perjuicio doloso y antijurídico producido por el administrador o custodio designados mediante el abuso de la posición de poder que le atribuye la ley.

³⁵⁷ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 14.

de cuidado de dicho patrimonio³⁵⁸. Es una prohibición penal que permite sancionar la producción dolosa de perjuicio de un patrimonio ajeno, cuya administración ha sido confiada al autor³⁵⁹. Desde sus primeras configuraciones consistía en causar un daño al patrimonio de la persona que ha confiado su administración a un tercero, mediante la ruptura del deber de lealtad que éste último debe guardar. De este esquema se desprende entre otras cuestiones que: a) el patrimonio es el bien jurídico inmediatamente protegido y la infracción del deber de lealtad constituye el medio comisivo por excelencia³⁶⁰; y, b) se puede observar su carácter subsidiario con respecto a los delitos patrimoniales. En relación a este carácter subsidiario, en la codificación de 1871, el § 266 incluye en el número segundo el castigo del mandatario, lo cual da origen a la polémica interpretativa sobre el momento en el que se configura la infracción del deber de guarda patrimonial y, en relación a este problema dos posibles soluciones que se convierten en dos tesis sobre la interpretación del precepto: a) la teoría del tipo de abuso o tipo de abuso de la confianza (“*Mißbrauchtatbestand*”); y, b) la teoría del tipo de la ruptura de la confianza o tipo de la deslealtad o tipo de la infidelidad (“*Treubruchtatbestand*”)³⁶¹, cuestión que intentó solucionar la ley de 1933 unificando en un solo tipo ambas interpretaciones³⁶². Así, hoy en día, la norma del parágrafo 266 contiene dos

³⁵⁸ Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 270, siguiendo a HÜBNER: *StGB. Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlín, 1988, parágrafo 266, Rn. L. Esta podría considerarse la opinión mayoritaria.

³⁵⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la...», *Ob. Cit.*, pág. 385. En esta fórmula, queda recogida la otra interpretación. Sobre la vinculación del deber de velar, en ambas hipótesis. Es decir, determinar si para el tipo de abuso está ligado al deber en la misma intensidad que en el tipo de infidelidad.

³⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 270. Señala este autor, que un sector minoritario de la doctrina ha querido interpretar como bien jurídico protegido, la violación de la relación de lealtad y confianza entre el autor y el sujeto pasivo. Sin embargo, la vulneración de esa relación de confianza y lealtad se configura como una modalidad de ataque especialmente peligrosa para el bien jurídico patrimonio, que representa únicamente el desvalor de acción del delito de administración desleal. Este autor se apoya en JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Berlín, 1988, pág. 216; y, también en HÜBNER: *StGB. Leipziger Kommentar*, par. 266, cit., Rn. 19

³⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 17 y 271; NIETO MARTÍN, A.: *El delito...*, *Ob. Cit.*, pág. 14 y 15; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 145.

³⁶² La doctrina alemana pone de manifiesto la ampliación del tipo operada por la ley de 1933, cf. JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, Ed. Bosch, trad. MIR PUIG, S., MUÑOZ CONDE, F., 1981, pág. 175, para quien antes de la reforma se castigaba tan sólo a aquellos sujetos

tipos penales, que son objeto de un estudio particularizado por parte de la doctrina: el tipo del abuso de la fidelidad (*“Missbrauchtatbestand”*), en la primera parte del primer inciso; y, el tipo de la ruptura de la fidelidad o de la deslealtad (*“Treubruchtatbestand”*), en la segunda parte del mismo inciso³⁶³.

2. MODALIDADES DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS ATAQUES INTERNOS Y EXTERNOS

En general, se suele afirmar que el tipo del abuso protege el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera externa de la relación (intersubjetiva propia y social), puesto que en él se castiga el abuso de la facultad de disponer del patrimonio ajeno o de contraer obligaciones en nombre de otro; por otro lado, también es usual entender que el tipo de la deslealtad preserva y resguarda el patrimonio ante los ataques que se producen en las relaciones internas, porque en él se sanciona a quien lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos³⁶⁴. En concreto, el tipo de abuso protege al titular del patrimonio administrado en las relaciones jurídicas obligacionales creadas por el administrador respecto del patrimonio administrado en uso de los poderes conferidos; y, el tipo de infidelidad, protege al titular del patrimonio administrado respecto de los daños patrimoniales que se deriven de la lesión de

administradores que tuvieran mandato de representación por lo que el ámbito de aplicación estaba reducido y luego de aquella reforma, con el tipo de la infidelidad, se extendió sin límites a otros ámbitos económicos; sobre los orígenes de la discusión y la reforma, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, *Ob. Cit.*, pág. 209 y ss.

³⁶³ Véase, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 145, con ulteriores citas de la doctrina alemana, destacamos: HAFT, FRITJOF: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4. Auflage. München: C. H. Beck'sche, Verlagsbuchhandlung, 1991, pág. 228; MAURACH, R., SCHROEDER, F., MAIWALD, M.: *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Ein Lehrbuch, 7. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988, pág. 497; de la misma opinión, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 191.

³⁶⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito...*, *Ob. Cit.*, pág. 18. Este autor extrae estas aseveraciones de LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 2.

los deberes del administrador o apoderado relativos a la percepción de intereses patrimoniales del representado³⁶⁵. En suma, el primero abarca las infracciones de los poderes acordados y el segundo las que se derivan del deber general de cuidar o custodiar intereses patrimoniales ajenos³⁶⁶. En la doctrina alemana no se duda acerca de la existencia dos modalidades diferenciadas, en lo que se centra la polémica no es precisamente en el reconocimiento de estas dos modalidades, sino en la determinación de cuál debe ser el ámbito de aplicación de cada una de ellas o, dicho de otra manera, el ámbito de relación sistemática que debe operar entre ambos tipos³⁶⁷. La discusión que a continuación se expone tiene como cometido entender en qué consisten el tipo de abuso y el tipo de la infidelidad, la cuestión ha tenido como trasfondo dilucidar el ámbito de aplicación que, entre aquellos rige, a nosotros nos interesa saber en qué consisten, porque a los efectos del art. 252 CP, esto es lo importante, para determinar, por un lado, si rige la delimitación respecto del precepto español; y por otro, cómo se debe imputar en cada caso.

Asentado lo anterior, nos introduciremos en la discusión, pero lo haremos siempre en referencia al art 252 CP³⁶⁸. Aquí, cabría la pregunta: ¿hay dos delitos de administración desleal que se pueden interpretar de dos formas o dos delitos interpretables de la misma forma? La respuesta para la doctrina mayoritaria sería que hay dos tipos penales, uno genérico y otro específico derivado de o incardinado en ese tipo genérico y, por tanto, interpretable de

³⁶⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la...», *Ob. Cit.*, pág. 390.

³⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, *Ob. Cit.*, pág. 211.

³⁶⁷ Código Penal alemán, trad. LÓPEZ DÍAZ, C., Universidad Externado de Colombia. La versión traducida es la publicada bajo el título *Strafgesetzbuch*, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Múnich, 1998. El parágrafo 266 CP alemán estaría estructurado de dos hipótesis o tipos penales diferentes. Textualmente esto es lo que dicen: **Tipo de abuso**: *quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro*; **Tipo de infidelidad o deslealtad**: *o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar...*

³⁶⁸ Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos...*, *Ob. Cit.*, pág. 85, la utilización de esta distinción entre un tipo de abuso y un tipo de infidelidad, que cabe en el actual y vigente art. 252 CP, es una distinción nominativa que se utiliza para realizar una más fácil exposición.

manera autónoma, pero a partir de los elementos estructurales de aquél³⁶⁹. Así, la doctrina mayoritaria entiende que, dado que materialmente el tipo del abuso se configura como una mera hipótesis específica del genérico tipo de la infidelidad, ambas modalidades típicas sólo son alternativas en apariencia. Existiría un tipo genérico de la infidelidad que contiene conceptualmente un tipo específico del abuso³⁷⁰. El punto crucial a tener en cuenta de esta explicación será que, en el tipo de abuso por ser una especie del tipo de infidelidad, se exige también, la infracción de un deber de custodia patrimonial derivado de la relación jurídica de la que nace la obligación, de cuya infracción surge el perjuicio patrimonial. La doctrina minoritaria ante esta misma pregunta, respondería que son dos tipos penales distintos y a su vez, con distintas formas de interpretación³⁷¹. El tipo de abuso tiene fundamentos materiales propios y, por tanto, son hipótesis con ámbitos de aplicación diferenciados, el tipo de abuso es lo que el tipo de la infidelidad no es³⁷².

Detengámonos un poco en el “*tipo de abuso*”, que tiene la finalidad de proteger al titular del patrimonio administrado en las relaciones externas, en las relaciones jurídicas obligacionales creadas por el administrador respecto del patrimonio administrado en uso de los poderes conferidos³⁷³. Es decir, en

³⁶⁹ Sobre la posición mayoritaria, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito...*, *Ob. Cit.*, pág. 18, quien cita a varios autores alemanes: DREHER, E., TRÖNDLE, H.: *Strafgesetzbuch and Nebengesetze...*, *Ob. Cit.*, parágrafo 266, Rn. 1 a; HÜBNER: *StGB. Leipziger Kommentar*, parágrafo 266, cit., Rn. 9, 17 y 24; LACKNER: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 18. Aufl, 1989, pág. 1159 y ss., 12n, 2 c); MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, cit., pág. 498, Rn. 11.

³⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, *Ob. Cit.*, pág. 211. Aquí se explica que la jurisprudencia alemana consideraría que el tipo de abuso sólo es un caso especial de tipo más amplio de infidelidad, razón por la cual el deber de custodia del patrimonio ajeno es idéntico en ambos tipos penales. Acogiendo este criterio, en España, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 53.

³⁷¹ Sobre la posición minoritaria, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito...*, *Ob. Cit.*, pág. 18, quien cita a: LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 2.

³⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito...*, *Ob. Cit.*, pág. 18. En la discusión alemana, las razones estarían en la literalidad del texto, y las lagunas punibilidad que conllevaría aceptar la misma exigencia normativa que en el segundo supuesto, para el primer supuesto.

³⁷³ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 148. Este autor manifiesta que esta posición ha sido defendida por: HAFT, FRITJOF: *Strafrecht. Besonderer Teil*, pág. 229-231; KREY,

el ejercicio de los poderes de obligar al titular del patrimonio ejercido eficazmente, pero por encima de las instrucciones concretas de aquél, por ejemplo, el administrador de una sociedad decide vender mercancías por debajo del precio que ha establecido el órgano de administración en una reunión en la que se trató la cuestión³⁷⁴. Así, con claridad se puede observar que el tipo de abuso tutela el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera externa de la relación jurídica, en la medida que se castiga el abuso de la facultad de disponer del patrimonio ajeno o de contraer obligaciones en nombre de otro³⁷⁵. Lo esencial para alcanzar la tipicidad objetiva en relación al tipo de abuso, está en que el sujeto activo actuó o se comportó fuera de los límites establecidos en la disposición o mandato (la doctrina alemana suele llamarle administración desleal con negocio jurídico): ha dispuesto u obligado al titular del patrimonio por encima de lo que aquel le ha autorizado. Por este motivo, si se autoriza realizar un comportamiento con altas probabilidades de producir un ataque al patrimonio administrado, el que se encuentra autorizado a actuar y actúa, no responde. En el ejemplo propuesto, si la decisión del órgano de administración que debe ser ejecutada por el gerente es en sí perjudicial para el patrimonio social: vender por un precio inferior al que el mercado asigna como posible, el órgano de administración deberá responder como autor de un delito de administración desleal.

Por otro lado, profundicemos también en el entendimiento del “*tipo de infidelidad*”, cuya finalidad es la de proteger el patrimonio administrado en el marco de las relaciones internas que se dan entre el titular del patrimonio y el administrador, respecto de los daños patrimoniales que se deriven de la lesión de los deberes del administrador o apoderado relativos a la percepción de intereses patrimoniales del representado³⁷⁶; por ejemplo, cuando el

VOLKER: *Strafrecht. Besonderer Teil. Band 2*, pág. 234-235; MAURACH, R., SCHROEDER, F., MAIWALD, M.: *Strafrecht. Besonderer Teil*, pág. 498-500; SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht. Besonderer Teil*, pág. 133-134; WESSELS, J.: *Strafrecht. Besonderer Teil-2*, pág. 169-172.

³⁷⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la...», *Ob. Cit.*, pág. 390.

³⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 271.

³⁷⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la...», *Ob. Cit.*, pág. 390; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 145.

administrador por la comisión de la autoridad o negocio jurídico para percibir o hacer valer intereses patrimoniales perjudica el patrimonio administrado. El supuesto de hecho de la sentencia del TS 224/1998 de 26 de febrero³⁷⁷, es un perfecto ejemplo de esta clase de supuestos, porque precisamente quien tenía el deber de velar porque el titular del patrimonio perciba los incrementos patrimoniales que se suscitaron como consecuencia de la gestión social (adquisición de activos patrimoniales en divisa, por lo que por el tipo de cambio se generó un beneficio importante), realizó (autorizó, infringiendo su deber) una disposición patrimonial sobre aquellos (bienes que debía percibir y de este modo, impidió que se incrementase el patrimonio administrado), ocasionando un perjuicio patrimonial. El tipo de infidelidad, por tanto, busca preservar el patrimonio ante las agresiones que se producen en la esfera interna, por cuanto se sanciona a quien lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos, al igual que en el otro tipo (abuso)³⁷⁸. Esta teoría fue desarrollada en sus orígenes, de manera especial, por la jurisprudencia del Reichsgericht³⁷⁹. Según esta teoría no era necesaria la existencia de un negocio

³⁷⁷ Los hechos probados, en líneas generales son: 1) Banesto delegó en el acusado *"todas las facultades que por la Ley o por disposición de los Estatutos Sociales correspondían al Consejo de Administración, con la única excepción de aquéllas cuya delegación prohíbe"* la norma de referencia; 2) En el mes de junio o primeros días de julio de 1990, un alto cargo de la empresa, le comunicó a un Consejero Ejecutivo y también Consejero Delegado, que en una sociedad instrumental de Banesto, Banesto Industrial Investment Ltda., con domicilio en Gran Cayman, con capital social de 800.000 USD, se habían generado unos beneficios económicos, porque los activos que estaban valorados en pesetas y que poseía la sociedad filial, habían sido financiados en marcos alemanes, luego de una devaluación de esta moneda, se volvieron nuevamente a las pesetas, lo que produjo un incremento patrimonial *"superior a 700.000.000 de pesetas"*. Ante estos resultados, y luego de la comunicación, el mismo alto cargo preguntó al Consejero *"si se abonaban esas cantidades a Banesto o se dejaban allí"*, a lo que el Consejero Delegado *"le indicó que lo iba a consultar con"* el acusado; *"como hizo, y llamándole posteriormente le transmitió, siguiendo instrucciones"*, señalándole que el propio acusado le llamaría; 3) Poco después el acusado le llamó y le dijo al alto cargo, *"que le iba a hacer llegar una factura para pagar con cargo a Banesto Industrial Investment"*. En efecto, la factura llegó con una orden de pago sin firmar con la leyenda de aprobación por parte del Consejero Delegado. El alto cargo procedió a realizar el pago; 4) La factura de fecha 11 de julio de 1990 llevaba el nombre de Argentia Trust y como concepto y valor decía: *"por trabajos realizados de carácter jurídico, financiero y de marketing, con objeto de estudiar la aceptación por los mercados financieros internacionales de una colocación privada de acciones de la Corporación Industrial y Financiera, les facturamos... Pesetas 600.000.000"*.

³⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272.

³⁷⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, *Ob. Cit.*, pág. 210. El REICHSGERICHT es la Corte Imperial de Justicia, fue la corte suprema de justicia en materia penal y civil del DEUTSCHES

jurídico en el que se exteriorizara el abuso de poder de disposición, bastaba que el acto infringiera el deber de lealtad del autor, deber que no surgía necesariamente de una relación jurídica formal³⁸⁰. En general, ha sido criticado por su indeterminación y excesiva amplitud³⁸¹ y, sin embargo, hay quienes coinciden en su necesidad, porque cubren supuestos a los que no alcanza el tipo de abuso: comportamientos desleales del administrador que provocan perjuicio patrimonial cuando no hay negocio jurídico, cuando se realizan ajenos a un determinado poder³⁸². Es importante señalar que en general, los que apoyan la interpretación del tipo de infidelidad, propugnan una interpretación restrictiva. Los argumentos serían los siguientes: a) la primera restricción se apoya en la idea de admitir la tipicidad únicamente cuando el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos represente el contenido típico y esencial de la relación de fidelidad de que se trate: el deber principal; b) la segunda se basa en el alcance que haya de conferirse al propio deber patrimonial de custodia que incumbe al autor, en el sentido de exigir que el sujeto obligado por el deber (o relación jurídica) de lealtad posea una plena facultad de decisión autónoma para el cumplimiento de un deber patrimonial que, además, se asuma con relación a

REICH (Imperio Alemán) desde 1879 a 1945. Estuvo situado en Leipzig. Por tanto, se trata de una teoría con tradición jurídica bastante antigua.

³⁸⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 210.

³⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», Ob. Cit., pág. 273; NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 18 y 32; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 67 y 71; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., primera edición, pág. 572; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 177; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 151; para BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., 211, en la actualidad las críticas se realizan respecto de la exigencia de la *lex certa* impuesta por el principio de legalidad, porque el contenido del deber de lealtad de “custodiar intereses patrimoniales ajenos”, no sería susceptible de una adecuada concreción. Aquí se sigue las opiniones de ARZT, G., WEBER, U.: *Strafrecht*, BT LH 4, 1980, pág. 32; OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht*, quinta edición, 1998, pág. 258, entre otros. Sobre el origen de la indeterminación, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 17 y 18, afirma que se encuentra en las orientaciones político criminales del legislador nacional socialista, que pretendía no limitar la capacidad del juez, sino proporcionarle tan sólo una orientación, a la vez que servía para eliminar enemigos políticos del ámbito empresarial que eran así sustituidos al frente de sus empresas por personas cercanas al régimen.

³⁸² BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 211; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», Ob. Cit., pág. 273 y ss. Ambos con ulteriores citas de la doctrina alemana.

verdaderos negocios jurídicos³⁸³; c) una tercera a considerar, sería la limitación de los autores idóneos; es decir, personas con especiales poderes y en las que se deposita una especial confianza y que, en razón de esta posición jurídica especial, están en condiciones de afectar el patrimonio ajeno en relación a un determinado negocio jurídico o una situación fáctica particular³⁸⁴. Estos criterios restrictivos, deben operar en el ámbito del art. 252 CP, sin que esto signifique que la administración desleal española se configure específica y únicamente como un tipo de infidelidad³⁸⁵.

En suma, a partir de estas dos teorías, se puede afirmar que la esencia del tipo de administración desleal genérica es: a) por un lado, la lesión dolosa de intereses patrimoniales ajenos que el autor tiene confiados, mediante el abuso de las facultades de disposición o representación; y/o, b) por otro lado, la lesión del deber de lealtad en el cuidado de esos intereses patrimoniales³⁸⁶, y a pesar de esta posible desvinculación entre ambas hipótesis, ambos tipos penales son formas que punen la infracción del deber de protección patrimonial³⁸⁷. Esto, ¿qué significa³⁸⁸?, que lo correcto está en observar que

³⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 273 y ss., con ulteriores citas de la doctrina alemana destacándose: DREHER, E., TRÖNDLE, H.: *Strafgesetzbuch and Nebengesetze...*, *Ob. Cit.*, parágrafo 266, Rn. 8 y ss.; HÜBNER: *StGB. Leipziger Kommentar*, parágrafo 266, cit., Rn. 81 y ss.; LACKNER: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, pág. 1162 y ss., parágrafo 266, 4; LENCKNER, en SCHÖNKE, SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, parágrafo 266, Rn. 22 y ss.; MAURACH, SCHRÖDER, MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, pág. 501 y ss. Rn. 23 y ss.; OTTO: *Grundkurs*, pág. 238 y ss. En el mismo sentido: NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 22; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 72; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 152.

³⁸⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 392, siguiendo textualmente, el criterio de ARTZ, WEBER: *Strafrecht*, BT, 4, 1980, pág. 52 y ss.; en el mismo sentido, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 152.

³⁸⁵ Revisar el apartado sobre lo irrelevante que resulta distinguir a efectos delimitadores entre las dos modalidades en el art. 252 CP.

³⁸⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 67.

³⁸⁷ En el ámbito de los graves comportamientos desleales del órgano de administración, de manera indudable, se puede observar, que el deber de protección patrimonial está derivado de un concreto deber de lealtad respecto del titular del patrimonio administrado.

³⁸⁸ En este sentido, ya sea que se parta de la opinión minoritaria (afirmar que el tipo penal de administración desleal contiene dos hipótesis diferenciadas, que coexisten para solucionar problemas distintos, es decir, el ámbito de aplicación de cada hipótesis es plenamente diferenciado) o desde la posición mayoritaria (afirmar que el tipo de administración desleal

siempre, es decir, para ambas modalidades, el tipo objetivo se realiza mediante la infracción del deber de protección patrimonial. Para el tipo y teoría del abuso de la confianza³⁸⁹, el delito de administración desleal consiste en causar un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder (de representación³⁹⁰) que ostenta el autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado³⁹¹, pero siempre infringiendo el deber de protección patrimonial. En este sentido, el ámbito de aplicación del tipo de abuso, se concreta en lo siguiente: a) la actuación sólo en supuestos de relación externa del mandante y mandatario y, por tanto, que excluyen aquellos comportamientos que surgen en el marco de la relación interna; b) los perjuicios patrimoniales causados por omisión; c) los supuestos de infracción del deber de vigilancia; d) los supuestos de realización de negocios jurídicos nulos; y, d) supuestos de comportamientos lesivos de hecho³⁹². Porque todo aquello que quede fuera de los ataques externos, queda fuera también del ámbito de aplicación. Por otro lado, debería

contiene una modalidad genérica: tipo de infidelidad, del que deriva una concreta especie: tipo de abuso), siempre el tipo se configura como la infracción del deber de protección patrimonial.

³⁸⁹ Los partidarios de esta postura consideran que con esta concepción se consigue deslindar la administración desleal de la apropiación indebida, por cuanto el que adecúa su conducta al tipo, posee ya capacidad de disposición otorgada por el dueño del patrimonio, y actúa sobrepasando esta capacidad otorgada. Sin embargo, lo mismo ocurriría de no existir esta concreta hipótesis jurídico-penal, recordemos cómo ha solucionado este problema el TS español a través de la interpretación de la distracción de dinero constante en el antiguo art. 252 CP, interpretación que es plenamente trasladable al nuevo art. 252 CP y al tipo de infidelidad del parágrafo 266 CP alemán.

³⁹⁰ La doctrina resalta de manera muy especial esta cuestión porque se debería entender que el tipo de abuso de manera exclusiva se configura como una infracción de deberes en el marco de la competencia de representación social y no de la competencia de gestión social (?). Afirman, que esto se debe entender en relación con el abuso del poder de representación que ostenta el autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado. Respecto del tipo de infidelidad, esta opción teórica, sin embargo, descarta configurarlo de manera exclusiva en la infracción de los deberes en el marco de la competencia de gestión, porque se puede producir un perjuicio patrimonial no necesariamente en el ámbito de los poderes de representación. Así lo hacen: NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 15 y CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 146, 283 y ss., con ulteriores citas.

³⁹¹ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 15.

³⁹² NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 16. El autor pone de relieve estas cuestiones en relación a las críticas que se realizan a esta teoría y que apuntan a su incapacidad de resolver determinados supuestos de deslealtad del administrador. Se podría discutir sobre las críticas, pero considero que aquello excede la finalidad de este apartado, aquí lo importante es resaltar que la doctrina apunta a la incapacidad del propio tipo de abuso para resolver la constelación de problemas de administración desleal.

interpretarse que para la teoría y tipo de la ruptura de la confianza el delito de administración desleal implica que al concederse a un tercero la administración de un patrimonio ajeno, se establece una especial relación de “*confianza*” que confiere al autor importantes y peligrosas posibilidades de lesionar el patrimonio confiado. Es decir, que la relación jurídica previa que permite a un tercero incorporar a su ámbito de organización especiales facultades de administración respecto de un patrimonio ajeno a cambio de alguna contraprestación, conlleva aparejado la obligación de no perjudicar los intereses patrimoniales infringiendo esos deberes que emanan de la relación jurídica. En el ámbito de aplicación del tipo de infidelidad³⁹³, quedan contenidos los supuestos que no constituían ataques externos, pero también aquellos que se encuadran en el ámbito del tipo de abuso. Esto, a costa de soslayar en gran medida el principio de determinación, con lo que (probablemente) se quebraría el principio de legalidad³⁹⁴. En este sentido, ambas modalidades típicas sólo son alternativas en apariencia, dado que materialmente el tipo del abuso se configura como una mera modalidad específica del genérico tipo de la deslealtad, de lo que se desprende que el tipo del abuso presupone en la persona del autor el mismo deber de cuidado del patrimonio que existe en la modalidad de la deslealtad³⁹⁵. Se entiende que el denominado tipo de abuso es un ejemplo de conducta que puede ser castigada

³⁹³ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 16. Con esta interpretación (posición mayoritaria), afirman sus partidarios, se solucionan todos los demás supuestos (añadiríamos nosotros que se solucionan aquellos supuestos que ya contempla el tipo de abuso y aquellos) que se encontraban fuera del alcance de la teoría del abuso.

³⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 273. Según este autor, es común censurar la amplitud del tipo de la deslealtad. A diferencia del tipo del abuso, que es un tipo cerrado, plenamente delimitado en sus características típicas. Por tal motivo, -desde la reinstauración del Estado de Derecho en Alemania- doctrina y jurisprudencia han elaborado una interpretación restrictiva. La primera restricción consiste en admitir la tipicidad únicamente cuando el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos represente el contenido típico. La segunda restricción, está referida al alcance del propio deber patrimonial de custodia que incumbe al autor: debe exigirse que el sujeto obligado por la relación de lealtad posea una plena facultad de decisión autónoma (es decir, esperar que en el mismo supuesto hubiera tenido posibilidad de actuar de otra manera).

³⁹⁵ Recordemos que esto es lo que señala la doctrina mayoritaria. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272, sostiene que, el problema se suscitó a partir de la sentencia del TS alemán (BGH, 24, 386) que exigió para el autor del tipo del abuso el mismo deber de cuidado patrimonial que para el autor del tipo de la deslealtad.

mediante la subsunción en el tipo genérico de administración desleal, en la medida que el tipo de abuso presupone en la persona del autor el mismo deber de cuidado del patrimonio que existe en el tipo de infidelidad. Debe señalarse que esta opinión no es unánime³⁹⁶, porque algunos consideran que la modalidad del abuso no puede ser un caso especial de la modalidad de la deslealtad, sino que tiene que poseer un significado propio³⁹⁷. En definitiva, el tipo de abuso no puede ser una forma del tipo de deslealtad, sino que posee un significado propio y diferenciado³⁹⁸. En suma, la diferencia surge entre aceptar, por una parte, que la identidad del perjudicado debe corresponderse con la del titular del patrimonio que el sujeto activo del delito administra deslealmente sin que eso implique considerar que la infracción del deber de cuidar los intereses patrimoniales ajenos, se encuentra o configura uno de los elementos objetivos del tipo de abuso³⁹⁹. En conclusión, se acepta que en las dos modalidades se observa que al sujeto activo del delito se le han confiado bienes e intereses patrimoniales ajenos, para que los administre, lo que se encuentra en ciernes es

³⁹⁶ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de...*, Ob. Cit., pág. 16-17. Debe recordarse que el origen de la tipificación actual en Alemania, tiene como correlato la incapacidad que los detractores mutuos de ambas teorías habían puesto de manifiesto, por lo cual el legislador de 1933 acogió estas dos posturas para configurar el tipo de administración desleal con lo que dio solución al problema interpretativo (¿?) subsumiendo en las conductas descritas los supuestos que no se podían incorporar en la primigenia forma delictiva.

³⁹⁷ En este sentido, el sector minoritario, cuestión resaltada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», Ob. Cit., pág. 272. Quien cita a LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 2, en relación a la doctrina alemana, para quien fundado en una interpretación gramatical del tenor literal de la norma, y otra de índole material, sostiene que el traslado del deber de cuidado patrimonial, exigido en el inciso segundo, a la modalidad del inciso primero, traería las siguientes consecuencias interpretativas: a) conllevaría lagunas de punibilidad; y, b) obligarían a renunciar al elemento esencial del deber de confianza en el tipo de la deslealtad y con ello a obstaculizar los esfuerzos por limitar la (comúnmente admitida) excesiva amplitud de esta modalidad típica. También cita a OTTO: *Grundkurs*, cit., pág. 236, quien afirma que con la exigencia del mismo deber de cuidado para el inciso primero lo único que se consigue es trasladar al tipo del abuso la inseguridad de la que adolece la modalidad de la deslealtad, sin que por ello se obtenga la contrapartida de cubrir lagunas de punibilidad.

³⁹⁸ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, Ob. Cit., pág. 20-21.

³⁹⁹ Como pone de manifiesto, MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, Ob. Cit., pág. 20, pese a tal configuración, la doctrina se muestra reacia a aceptar la existencia de una relación entre ambos tipos. Se acepta su coexistencia más no su relación. Afirma, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 68, que la crítica apunta de manera especial a la interpretación sobre la exigencia de la verificación del perjuicio, en el sentido de si éste debe recaer sobre los intereses patrimoniales que el autor debe administrar lealmente o si por el contrario ésta recae sobre ambos.

aceptar “*si la infracción del deber de lealtad*” tiene el mismo contenido en ambas modalidades típicas⁴⁰⁰.

3. LO IRRELEVANTE QUE RESULTA DISTINGUIR ENTRE LAS DOS MODALIDADES EN EL ART. 252 CP

Hasta aquí, hemos expuesto en qué consiste cada una de las modalidades, ahora nos toca tomar postura respecto de la relación sistemática que existe entre aquellas y en relación a esto, determinar cuál es la repercusión de la distinción de estas modalidades respecto del vigente art. 252 CP español. Este apartado tiene dos niveles de discusión: el primero en relación y de manera estricta al párrafo 266 CP alemán; y, el segundo, en relación a la traslación a efectos de interpretación del art. 252 CP español, de aquello que se dice del párrafo 266 CP alemán, en relación exclusiva a los dos tipos o modalidades de administración desleal que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico-penal alemán y, sin embargo, en el ordenamiento español consideramos que no, al menos no de la misma manera que en el ordenamiento alemán. Por tanto, lejos de querer tomar partido en la discusión, sobre todo porque no es esta una tesis sobre el párrafo 266 CP alemán, considero importante señalar que, a efectos interpretativos, nos es de mucha utilidad entender cuál es el fundamento de la postura mayoritaria (sobre el párrafo 266 StGB).

De la interpretación del art. 266 StGB debe destacarse la tesis mantenida por la doctrina alemana mayoritaria, que considera que la modalidad de abuso es una especie de la de infidelidad, con las repercusiones interpretativo-dogmáticas que ello conlleva. Por lo que aquí, en referencia a esta investigación, lo que nos interesa es precisamente el punto de partida y la consecuencia de esta postura, porque si el tipo de abuso es especie del tipo de infidelidad, significa en definitiva que en ambos casos el fundamento (el vehículo de la comisión) está en la infracción de un deber, del deber de custodia

⁴⁰⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 68.

patrimonial que se despliega a partir del deber de lealtad que el administrador debe a la persona jurídica o física por haber incorporado a su ámbito propio de organización las funciones y deberes que se derivan del rol de administrador. Por tanto, y esto es lo importante, en el hipotético caso de que no existiera el tipo de abuso, el derecho penal alemán en función de lo que la doctrina mayoritaria y jurisprudencia sostiene, no dejaría impune los graves ataques que comportan una administración desleal en las relaciones externas, porque aquellas estarían incorporadas al ámbito de aplicación del tipo de la infidelidad⁴⁰¹. Ambos tipos penales, el tipo de la infidelidad y el tipo del abuso, presuponen la existencia, entre autor y víctima, de una relación jurídica cualificada de cuidado del patrimonio ajeno. Ya desde aquí, se puede observar a dónde quiere llegar esta argumentación: como el tipo penal de administración desleal del art. 252 CP no realiza diferenciación alguna respecto de estas modalidades debe entenderse que en su ámbito de aplicación estarían tanto los ataques internos como los externos⁴⁰².

SCHÜNEMANN nos da una pista de esta cuestión afirmando que la polémica doctrinal puede ser superada mediante el uso de los actuales instrumentos metódicos, sin que se mantenga ninguna de las teorías en juego: la teoría dualista (doctrina minoritaria) o la teoría monista (doctrina mayoritaria). Según esta crítica, ambos tipos delictivos tendrían la misma estructura típica básica, a su juicio los elementos centrales serían: el “*dominio*”

⁴⁰¹ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 24. Aquí se cita la BGHSt 24, 386.

⁴⁰² Al parecer, interpretando lo contrario, PRECIADO DOMÉNECH, C.: «XXIX. La apropiación indebida», en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Pamplona, 2015, pág. 520, porque, fue suprimida la segunda modalidad constante en el Anteproyecto. En el mismo sentido, RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito de administración desleal», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Pamplona, 2015, pág. 529. En un sentido parecido al que proponemos o del que se desprendería la misma conclusión a la que hemos llegado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, *Ob. Cit.*, PE, quinta edición, pág. 545, afirmando que, si bien en la versión definitiva, el art. 252 CP, suprimió el denostado tipo de la “*deslealtad*” (copiado del CP alemán, y criticado duramente por la doctrina) y, recogió el denominado tipo del “*abuso*” de un modo muy genérico, esto es, sin incluir modalidades de acción (a diferencia del tipo alemán), por lo que, queda abierta la puerta para castigar una mera y genérica falta de lealtad o probidad en el administrador, por acción o por omisión. También, GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», *Ob. Cit.*, pág. 774.

sobre el patrimonio ajeno y el ejercicio no permitido del mismo mediante el poder jurídico, en contra del titular del patrimonio. Únicamente se diferencian en el modo de dominio: en el caso del tipo de abuso hay negocio jurídico y en el caso del tipo de deslealtad no. Señala que el error de la dogmática sobre la interpretación del parágrafo 266 CP alemán, consiste en que se consideró que la característica del tipo de deslealtad consistía en la infracción de los deberes de lealtad en la relación interna, mientras que en el tipo de abuso la infracción se halla en la relación externa. Mas lo que sucede en realidad, es que en ambos tipos se castiga la lesión del patrimonio ajeno por medio del ejercicio de una posición de dominio⁴⁰³.

En esta postura la idea de dominio es fundamental, porque este autor parte de un entendimiento del comportamiento típico no en relación a la infracción del deber como lo característico y relevante del tipo, sino del dominio que el sujeto activo tiene respecto del bien jurídico que constituye su característica: el dominio es la esencia típica. Sin embargo, como veremos en el próximo capítulo, el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber. La consecuencia de esta consideración, equivale a sostener que la administración desleal no experimenta cambio cualitativo alguno por la falta de carácter común de la ejecución externa de la acción, pues el sentido de la acción, el aporte personal de la conducta de cooperar, en la que se basa la distinción de las formas de participación, resulta únicamente de la vulneración del vínculo de lealtad⁴⁰⁴. El núcleo de la tipicidad es la infracción del deber⁴⁰⁵, todos los demás elementos de la estructura típica dependerán de esta consideración, por lo que el abuso es tan sólo una forma en la que se expresa o se manifiesta la infracción del deber. Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por

⁴⁰³ SCHÜNEMANN, B.: *Leipziger Kommentar*, núm. 19 y 20, pág. 30-31. Citado textualmente por MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *Ob. Cit.*, pág. 21.

⁴⁰⁴ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, trad. COELLO CONTRERAS, J., Madrid-Barcelona, 2000, pág. 389.

⁴⁰⁵ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 791.

el patrimonio ajeno, y todo aquel que infringe el deber será autor⁴⁰⁶, esto es lo que SCHÜNEMANN denomina posición de dominio⁴⁰⁷.

De conformidad con lo establecido en el art. 252 CP, el administrador de patrimonios ajenos o más específicamente, en el ámbito de nuestra investigación, en los supuestos en los que el titular del patrimonio ajeno sea una persona jurídica al igual que la física, no es un sujeto cualquiera en el ordenamiento económico constitucional en general, ni siquiera es un sujeto cualquiera dentro del ámbito normativo institucional societario y no societario, en el sentido de que sus deberes se refieran a tan sólo no dañar a los demás, como el que es exigido a un ciudadano (esto sirve también para los demás supuestos no específicamente societarios), sino que su puesto, rol o función dentro del ámbito societario o de relación, le impone precisamente un concreto deber especial de fomento y ayuda respecto de los bienes que se le han encomendado proteger en el concreto ejercicio de sus funciones, razón por la cual no nos encontramos frente a un delito de dominio. Si se hace depender el comportamiento típico desplegado, en el dominio y no en la infracción del deber, esto es sólo en apariencia, porque en los delitos de infracción de deber aunque quien infringe el deber tenga a su vez el dominio fáctico o dominio de hecho sobre el (fundamento del) resultado, la imputación se realiza no porque haya producido de propia mano o de manera inmediata el ataque al bien jurídico que provoca el resultado prohibido, sino precisamente porque ha infringido su deber de protección respecto del bien jurídico, un deber que existe antes del dominio y que configura la esencia de la tipicidad. Esta consideración repercute también y es apreciable de mejor manera, respecto de los supuestos de administración desleal del órgano de administración de una persona jurídica⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...*, Ob., Cit., pág. 387; en el mismo sentido JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791.

⁴⁰⁷ SCHÜNEMANN, B.: *Leipziger Kommentar*, núm. 19 y 20, pág. 30-31.

⁴⁰⁸ Para SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», Ob. Cit., pág. 24, la teoría que da autonomía al tipo del abuso, no juega un papel decisivo en la administración desleal de los órganos societarios dado que, tomando como base el sentido más amplio de la expresión *órgano societario*, el administrador de un patrimonio ajeno a lo largo del tiempo se ve afectado, evidentemente, por un deber de cuidado del patrimonio ajeno. Aquí hay que decir que este autor piensa que, en los supuestos no específicamente societarios, el tipo de abuso tiene autonomía respecto del tipo de infidelidad. Obviamente, esto es criticable desde la re-normativización de la

Porque aquí no existe duda normativa alguna de que quien tiene en su ámbito de organización facultades de administración o gestión del patrimonio social es quien también tiene el deber de lealtad respecto del titular del patrimonio, respecto de la sociedad. De este deber de lealtad que el órgano de administración tiene respecto de la sociedad a su vez, se deriva el deber de protección patrimonial, porque se entiende como enmarcada en la lealtad la protección del patrimonio administrado, toda vez que si surge un perjuicio en el marco de sus funciones no dudaríamos en afirmar que el administrador no se ha comportado lealmente, sino que ha infringido su especial deber de lealtad. Además, si se quiere hacer depender el núcleo de la tipicidad en el dominio, obtendríamos resultados prácticos muy discutibles y poco plausibles. Porque si se quisiera requerir para la autoría, junto a la infracción del deber, además el dominio del hecho, los autores se dividirían en dos grupos de diversa naturaleza: a) autores con dominio y deber; y, b) obligados en relación al deber de lealtad y sin dominio del hecho. La primera repercusión dogmática sería la supresión de un concepto unívoco y unitario de participación en los delitos de infracción de deber. La repercusión práctica nos conduciría a un resultado rechazable: no existiría autoría si el ejecutor se comportó sin incumplirle el deber de lealtad y el obligado permaneció en un segundo plano⁴⁰⁹. Por ejemplo, si pensamos en un administrador único que, por ejemplo, desde América le pide a un *extraneus* que haga desaparecer el dinero, el sujeto agente no podría ser autor de la administración desleal por falta de la vinculación con el deber de lealtad, mientras que el administrador tampoco podría responder por falta de dominio del hecho⁴¹⁰. Lo cual es absurdo y rechazable.

idea de dominio tal y como proponemos en el texto. Un delito de infracción de deber siempre será de infracción de deber, aunque se esconda en una terminología que aparente su naturaleza en el dominio. Lo mismo cabe respecto de los delitos de dominio.

⁴⁰⁹ Es un problema de autoría, porque quien tiene el deber y no actúa de propia mano, pero tampoco impidió que se produzca el hecho, es autor. El resultado se produce por la infracción del deber, eso es lo que queremos resaltar. Pero también podría ser un problema de participación, porque quien de propia mano ejecuta el hecho que produce el ataque patrimonial, debe responder conforme a las reglas del art. 65 CP.

⁴¹⁰ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 389.

Por otro lado, si se quiere salvar la construcción, considero que el problema está en la terminología y no en los fundamentos porque si se infiere que la posición de dominio es un estado resultante de la concreta posición jurídica, no existiría inconveniente también en afirmar que cuando se dice posición de dominio lo que realmente se está diciendo o refiriendo es la posición, rol o función jurídica que el sujeto tiene respecto del bien jurídico. Desde esta perspectiva, el administrador está en una posición de dominio o posición jurídica tal que debe respecto del titular del patrimonio administrado unos determinados deberes, entre los que destaca el deber de lealtad del que deriva el de protección patrimonial: un administrador leal es aquel que en definitiva también procura la protección del patrimonio administrado frente a cualquier tipo de decisión o situación jurídica.

Por tanto, una re-normativización del término “*dominio*” nos permite descubrir que, aunque la verdadera naturaleza del tipo penal se pueda esconder, mediante el uso de determinados términos que nos puedan hacer dudar, esto es sólo *prima* y aparente *facie*, porque da lo mismo la forma en que se quiera expresar una determinada relación jurídica, aquella siempre será lo que es y no lo que en apariencia parece ser. Esta cuestión cobrará mayor nitidez en el próximo capítulo porque la determinación de si nos encontramos ante un delito de dominio o uno de infracción de deber no es una cuestión terminológica o formal (delito común o delito especial), esto es un problema de fundamentación con repercusiones lógico-jurídicas trascendentales porque lo uno es lo que lo otro no es. Obviamente, siempre será preferible utilizar términos y expresiones que no generen confusión más aun en este ámbito en el que si nos encontramos ante un delito de infracción de deber, la construcción por coherencia sistemática no exige dominio del hecho, porque se imputa por infringir el deber, aunque en concreto quien tiene el deber también ejecute el hecho de propia mano. Así las cosas, lo importante es resaltar que la metodología utilizada en función de si se protegen las relaciones externas o internas, para diferenciar las modalidades de administración desleal no ha sido la adecuada.

Lo correcto desde nuestra postura será observar y asumir que en ambos tipos penales: tipo de abuso y tipo de la infidelidad, se castiga un perjuicio del

patrimonio ajeno que tiene como vehículo comisivo la infracción del deber de protección patrimonial. Un deber positivo que deriva del deber de lealtad que el administrador tiene respecto del titular del patrimonio administrado⁴¹¹. Con estos resultados, estamos en condiciones de desarrollar nuestra postura sobre la explicación de la positivización del art. 252 CP, y la determinación de los criterios de interpretación que son trasladables.

4. SISTEMATIZACIÓN OPERADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS ARGUMENTOS DEL PREÁMBULO DE LA LO 1/2015

El legislador empieza su argumentación sobre la reforma de la administración desleal, afirmando que el CP de 1995, *“había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona”*, por lo que *prima facie*, desde este momento del discurso político-criminal, ya se avizora que el núcleo de los motivos del legislador, para realizar la reforma, se encuentra en la idea de una inadecuada limitación del ámbito de aplicación de la administración desleal de conformidad a lo preceptuado en el suprimido art. 295 CP. Esta limitación del ámbito de lo punible, se realizaba en función de los sujetos pasivos o del titular del bien jurídico atacado (el patrimonio social), limitación que a juicio del legislador y de la doctrina mayoritaria, era necesario eliminar y/o corregir⁴¹². Sin embargo, se olvida de mencionar el legislador que, durante mucho tiempo, la

⁴¹¹ Para luego, a partir de ahí emprender la búsqueda de una solución que armonice sistemáticamente (si cabe tal solución) la aplicación o determinación del ámbito de aplicación de ambas modalidades respecto del parágrafo 266 CP alemán.

⁴¹² La doctrina había puesto de manifiesto la necesidad de creación de un tipo penal de administración desleal genérico, por ejemplo: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 340 y ss. Este autor afirma que aceptada la necesidad dogmática de crear un tipo de administración patrimonial desleal que protegería el patrimonio y no la propiedad, no existe justificación para prohibir sólo los comportamientos que aparecen en el ámbito societario y de este modo, dejar impune los comportamientos desleales en los que el titular del patrimonio no sea una sociedad. En el mismo sentido se pronunció BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 400 y ss., quien incluso propuso de *lege ferenda*, un tipo penal concreto.

jurisprudencia logró llenar el vacío de la administración desleal no societaria mediante la aplicación de estos supuestos al antiguo art. 252 CP, a través de la modalidad de distracción de dinero (ajeno). Y no sólo eso, sino que, en muchos supuestos de administración desleal societaria, prefirió aplicar el antiguo art. 252 CP y no el suprimido art. 295 CP⁴¹³, los argumentos eran varios, destacando la mayor amplitud del marco penológico⁴¹⁴. Continúa el Preámbulo afirmando

⁴¹³ Cabe aquí recordar la polémica sobre la diferente penalidad que se suscitaba alrededor del suprimido art. 295 CP en relación con la modalidad de distracción de dinero constante en el antiguo art. 252 CP. QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, Ed. Atelier, quinta edición, Barcelona, 2008, pág. 552-553, sostenía que esto constituyó a su vez pilar de una de las críticas que se realizaban al tipo del art. 295 CP en lo que respecta a la penalidad: la pena de este delito, con ser más grave que la del resto de delitos societarios es menos grave que la figura agravada de la administración desleal del art. 252. El argumento a este respecto no dejaba dudas?: si bien en la administración desleal (distracción de dinero art. 252 CP) no se necesitaba la efectiva tradición material de la cosa cuando se trate de activos patrimoniales, es necesario que el activo pase a la esfera del sujeto activo mediante un título, formal o no, que producirá los efectos de lo que se denomina civilmente, *fleta traditio*, es decir, una tradición fingida o instrumental. Ahora bien, en el caso del administrador societario, y más cuando éste, por su posición material, lo es de hecho, no se produce tradición de ninguna clase: no tiene sentido entregar la entidad al administrador o administradores. Al administrador lo que se le entrega es la confianza -los poderes- una vez que ha aceptado el cargo, pero no se le entrega bien alguno, ni tan siquiera, por muy laxo que se sea en la interpretación, un activo patrimonial. Una sociedad, incluso en sentido funcional que necesariamente ha de utilizar el CP, es con mucho, bastante más que un conjunto de activos patrimoniales: es una personalidad jurídica. Por ello sorprende este desequilibrio punitivo. Si compararnos el potencial lesivo del administrador fraudulento con el que puede crear el administrador desleal, veremos que el del primero es, por lo general, mucho mayor; y, en todo caso, parece, que nunca menor. Siendo ello así, y de ahí lo chocante de la comparación penal de las infracciones relativas a la administración patrimonial punible, resulta que la conducta potencialmente más lesiva, incluso devastadora, recibe una pena menos significativa. De otra solución, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La administración desleal...*, Ob. Cit., pág. 206 y ss., para quien estos tipos penales tenían ámbitos de aplicación diferenciados. Lo importante aquí es resaltar que de estas posturas dependerá la penalidad en los supuestos de administración desleal del órgano de administración que caben en el art. 252 CP, porque de aceptarse que respecto del art. 295 CP, el merecimiento de pena era menor y por tanto el marco punitivo era coherente, cuando se juzguen estos comportamientos se deberá imponer una pena bastante menor. Considero que la gravedad de la infracción está en el tipo objetivo, por tanto, cuando por las especiales características del comportamiento desleal se determine que se pudo actuar de una manera menos gravosa, se deberá imponer una pena mucho mayor. De todas maneras, la cuestión merece un tratamiento más detenido y este no es el sitio apropiado.

⁴¹⁴ Paradigmático el denominado caso “*Argentia Trust*” de la STS 224/98 de 26 de febrero de 1998. En esta sentencia se citan como precedentes las SSTs de 7 de marzo de 1994, 14 de marzo de 1994 y la del 30 de octubre de 1997. Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 202, pone de relieve que al menos desde este caso, la jurisprudencia consideró aplicable preferentemente el antiguo art. 252 CP, desarrollando los elementos del tipo implícitos en la escueta fórmula legal de la “*distracción de dinero cometida por un administrador*” y, de esa manera, el suprimido art. 295 CP, perdió toda razón de ser, pues quedó reducido a casos excepcionales. Su aplicación fue prácticamente nula, pues casi siempre se vio desplazado por la aplicación del antiguo art. 252 CP con apoyo en alguno de los criterios de exclusión que prevé el art. 8 CP. Sin embargo, ya desde ese momento advertía que la solución del problema concursal, puede ser

que “la reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas”, de este modo, aunque no explícitamente mas sí de forma tal que se pueda entender, el legislador declara que el modelo de tipificación se acerca a otros modelos de los países del entorno. En concreto, el modelo de tipificación tendría como inspiración, los ordenamientos germanos⁴¹⁵. Razón por la que nos vimos obligados a indagar sobre esta cuestión en los apartados anteriores, para dar una respuesta a si toda la discusión que en ese ámbito se ha desarrollado, es trasladable a la discusión española y si no lo es, determinar qué puntos o cuestiones destacadas sí lo son y cuáles no. Por otro lado, ya en lo que se refiere a la prohibición y lo que aquella protege, el legislador afirma que “*su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales*” tiene como fundamento la propia naturaleza de las conductas de administración desleal de patrimonio ajeno, por ser este delito, “*un delito contra el patrimonio*”, por lo que la limitación al ámbito societario no sólo carecería de fundamentación político-criminal, sino que además, faltaría una fundamentación lógico-normativa, porque “*puede ser*

discutible porque cabía reflexionar sobre si, en realidad, lo correcto no sería el concurso ideal, dado que la distracción de dinero, cometida por el administrador de una sociedad, es también una “*disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad*”; en el mismo sentido, ROSO CAÑADILLAS, R.: «Las relaciones entre..., *Ob. Cit.*, pág. 46 y ss., quien describe el conflicto normativo, con consecuencias prácticas no deseadas, del siguiente modo: no se castiga la administración desleal de patrimonios no societarios, lo que se considera una laguna de punibilidad; y, cuando se produce una deslealtad societaria, el tipo del art. 295 CP, para parte de la doctrina y jurisprudencia, no tiene una pena lo suficientemente proporcional a los hechos enjuiciados. Desde una óptica posterior y crítica con la postura, aunque no distante de sus resultados, FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 365 y ss., responde a la pregunta de por qué fracasó en su aplicación el art. 295 CP, y realiza una relectura desde cada elemento típico.

⁴¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.: «El nuevo delito de administración desleal..., *Ob. Cit.*, sin paginación. Para este autor, el art. 252 del CP español) ha sido extraído, y por tanto se corresponde con lo que establece el apartado 1 del § 266 CP alemán; en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio..., *Ob. Cit.*, cuarta ed., pág. 415, quien pone de relieve que el texto se inspira inconfundiblemente en el parágrafo 266 del Código Penal alemán. La fórmula de este precepto es la más antigua, y quizás también la más imitada en otras legislaciones europeas. Por ello hay que advertir de los peligros detectados en su larga vigencia en Alemania. Porque su formulación típica es tan abierta y general, que ha atraído a su seno comportamientos antes no castigados penalmente, dando lugar a una peligrosa invasión punitiva del tráfico jurídico. Tampoco puede ignorarse su nacimiento en pleno régimen nazi, ni su perversa utilización durante el mismo; GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal..., *Ob. Cit.*, pág. 772.

víctima cualquiera, no sólo una sociedad”⁴¹⁶. La protección en exclusiva del patrimonio de la víctima o del sujeto pasivo del delito de administración desleal, corroboran que razones de “*sistemática, exigían*” la reforma⁴¹⁷. Esto, sin embargo, como hemos visto, no anula el hecho de que, en los supuestos de administración desleal cometida en el ámbito societario, nos encontramos ante un delito societario, con las repercusiones interpretativas que de ello deviene⁴¹⁸.

Ahora, y esto es lo que queremos resaltar como verdadero motivo, y no uno referencial, sino precisamente el nuclear de la reforma, el referido a la necesaria positivización de la sistematización de la administración desleal realizada por la jurisprudencia. En efecto, el legislador en el Preámbulo apunta en esta dirección, aunque no de manera expresa, y así, afirma que “*la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida*”, logrando de este modo, positivar una interpretación forjada y lograda, de manera especial por el Tribunal Supremo; por lo que se debe entender, según el legislador, que “*quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro*

⁴¹⁶ Antes de la promulgación del CP 1995, la doctrina había realizado críticas en el sentido que ahora expone el legislador: BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 202, cita textual de BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Ed. Heyman, edits. SCHÜNEMANN, B., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., 1994, pág. 201 y ss.

⁴¹⁷ La doctrina se manifestó crítica cuando se tipificó la administración desleal societaria, por ejemplo, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal...», Ob. Cit., pág. 202, quien sostuvo que la administración desleal es merecedora de pena inclusive fuera del ámbito societario. No hay ninguna razón para que la deslealtad del administrador sólo sea punible cuando perjudique a una sociedad, pero no lo sea cuando el patrimonio administrado pertenezca a una persona individual. Inclusive, no existe ninguna razón para que la administración desleal de una sociedad sea diferente del patrimonio de la persona individual en su configuración típica. El carácter individual o colectivo del sujeto pasivo, por lo demás, no debe ser considerado como un elemento que permita configurar tipos diferentes, dado que se trata de un delito cuyo centro de gravedad es el daño patrimonial, con total independencia de las características del sujeto pasivo. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 111.

⁴¹⁸ Revisar el tratamiento que de esta cuestión realizamos en el capítulo sobre la justificación de la persecución penal de la administración desleal.

tanto de la misma calidad y especie”. Esta es precisamente, la argumentación de la que partió el Tribunal Supremo para lograr la diferenciación entre las distintas modalidades contenidas en el antiguo art. 252 CP. En concreto, esta pauta normativa, constituye el punto de quiebre en la diferenciación de las modalidades del antiguo art. 252 CP, en el que subsistían por decirlo de algún modo, dos tipos penales: a) la apropiación indebida (propiamente); y, b) la administración desleal de dinero ajeno. Por eso concluye el legislador que *“quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”* y no de apropiación indebida⁴¹⁹. Esto le lleva a suprimir del nuevo art. 253 CP que contiene el delito de apropiación indebida, la modalidad de distracción.

Esta problemática y su solución jurisprudencial es la que nosotros consideramos constituye el verdadero fundamento del cambio normativo. Esto no quiere decir que la necesidad dogmática y político-criminal del tipo del art. 252 CP no haya sido autónoma. Lo que se afirma es que esta necesidad dogmática y político-criminal ha sido conducida a través de los criterios de interpretación forjados por el Tribunal Supremo alrededor del antiguo art. 252 CP. Es más, la nítida diferenciación entre apropiación indebida y administración desleal (distracción) de dinero, ha moldeado la estructura del tipo, un molde que es coincidente en sus elementos genéricos, con la nueva regulación del art. 252 CP, por lo que se puede afirmar que el tipo de

⁴¹⁹ Este texto es muy parecido al que consta en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 2013, en el que se afirma que: *“quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”*. Por lo que la línea del pensamiento legislativo, ya apuntaba en la dirección que el TS había perfilado respecto de la administración desleal.

interpretación ha sido positivado en el tipo legal. Esto quiere decir que el tipo de administración desleal del art. 252 CP responde a una necesidad histórica (dogmática y político-criminal); pero también es consecuencia del desarrollo científico de la doctrina jurídico-penal española, y esto último, de manera autónoma. En este sentido, la reforma de la administración desleal no obedece (directamente) a la importación de los conocimientos y las experiencias que sobre esta materia han existido en los ordenamientos del entorno. En las siguientes líneas, desarrollaremos esta explicación de la incorporación normativa. La finalidad es teórica-práctica, en el sentido de lograr desentrañar el significado de lo que es respecto de la distracción de dinero, la administración desleal, y cuáles de sus elementos deben ser trasladados a efectos de interpretación del nuevo tipo del art. 252 CP.

5. INTERPRETACIÓN DE LA MODALIDAD DE DISTRACCIÓN DE DINERO COMO TIPO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Tanto el texto regulado como la doctrina del Tribunal Supremo sobre la modalidad de distracción de dinero en el anterior art. 252 CP, hacen necesario analizar el derogado precepto. Con rotundidad se ha afirmado que la jurisprudencia española ha desarrollado el concepto de “*distracción de dinero*” del antiguo art. 252 CP, que contenía el tipo de apropiación indebida, orientando esta interpretación según el modelo germano de la administración desleal (derecho alemán, austriaco y suizo)⁴²⁰. Ahora, es preciso advertir que aunque el modelo que se haya seguido para la tipificación de la administración desleal genérica del art. 252 CP, haya sido el parágrafo 266 del CP alemán, también no es menos cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fue perfilando y anticipando la delimitación y contornos de la administración desleal, mostrando la necesaria incorporación de esta figura delictiva diferenciada, en el catálogo de disposiciones penales, por esta razón, consideramos preciso exponer cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo

⁴²⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 220.

delimitó dentro del tipo que recogía el delito de apropiación indebida (antiguo art. 252 CP), la administración desleal de patrimonio ajeno. Como hemos ya anticipado, por no ser esta una investigación dirigida a la explicación y resolución de los problemas que se suscitan alrededor del delito de apropiación indebida, así como, tampoco dirigida hacia el interés que suscitó en su momento la diferenciación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal por parte de la jurisprudencia y la doctrina, no nos dedicaremos en profundidad al desarrollo de estas cuestiones. El objeto de estos apartados es el siguiente: demostrar que la regulación de la administración desleal del art. 252 CP, a pesar de tener como soporte la traducción del texto del párrafo 266 del CP alemán, no obedece a una mera importación de la “*Untreue*”, sino a la doctrina elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por esta razón, sólo estudiaremos las sentencias que en general perfilaron la discusión y que constituyen el fundamento de tal diferenciación, y al mismo tiempo, de la tesis que aquí se sostiene.

Cabe afirmar que el punto de partida para la interpretación del antiguo art. 252 CP (distracción de dinero) y también del cambio normativo operado y, por tanto, de la interpretación del nuevo art. 252 CP, requiere de una premisa esencial, que exige: que quien distraiga el dinero (o disponga de los bienes, o contraiga obligaciones, etc.), sea quien tenga la facultad de disposición del mismo⁴²¹. Este presupuesto interpretativo de la modalidad de distracción de dinero, lograba que la interpretación guardase armonía y sumisión con el principio de legalidad⁴²² y a su vez, que permitiera una distinción entre el delito

⁴²¹ Sobre la posible colisión de la interpretación con la normativa constitucional, véase: BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Problemas constitucionales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la administración desleal», en *LH al PROF. RODRÍGUEZ RAMOS, L.*, Ed. Tirant lo Blanch, coord. ÁLVAREZ GARCÍA, F., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A., Valencia, 2013, pág. 393 y ss., quien descarta esta posibilidad; por otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 103 y ss., lo argumenta en sentido contrario, afirmando que se trataría de una interpretación extensiva del verbo *disponer* y del concepto *dinero*, creando judicialmente un tipo penal que no está positivado en la ley penal.

⁴²² En contra de la interpretación del TS, paradigmático, VALLE MUÑIZ, J.: «Capítulo VI. De las defraudaciones», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, primera edición, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Cizur Menor, 1996, pág. 522-524. Para este autor, muy a pesar de que se consolidaba una situación no deseable: la impunidad de los actos de administración desleal, distintos de aquellos subsumibles en el art. 295, que establecía un tipo de

de administración desleal y los delitos de estafa y de apropiación indebida. La distinción respecto del primero porque, en el delito de estafa, la disposición patrimonial la realiza la propia víctima a diferencia de la administración desleal en la que quien realiza la disposición patrimonial es aquel al que se le ha confiado la custodia y gestión del patrimonio de la víctima. Respecto del segundo porque, en la apropiación indebida, se requiere que lo que se entrega sea aquello mismo que se deba devolver, mientras que en la administración desleal (de dinero), lo que se debe devolver es una cantidad equivalente. Estos caracteres diferenciadores funcionan también ahora en relación al actual art. 252 CP. Como vemos, este punto de partida, condicionó el desarrollo de la interpretación de la modalidad de distracción de dinero, por ello antes de entrar en la explicación de esta teoría, consideramos oportuno averiguar y explicar cuáles fueron los antecedentes de la problemática, sobre todo para que podamos entender a su vez cuál fue el ambiente jurídico que propició la necesidad y/o problema y que al mismo tiempo proveyó la solución.

5.1. ANTECEDENTES Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El punto de partida genérico para el desarrollo de toda la solución ha sido la correcta delimitación entre los delitos que atentan contra el patrimonio y los que atentan contra la propiedad⁴²³. Así, por ejemplo, la apropiación indebida es un tipo que se encamina a proteger el derecho de propiedad. Por su parte, el tipo penal de estafa al igual que el de administración desleal protegen el patrimonio. Sin embargo, hasta hace unas décadas en España, esta

administración desleal societaria, en la medida que estas conductas no podían ser subsumidas ni en el tipo de estafa ni en el de apropiación indebida. Cita como fundamento, la sentencia del TS del 29 de enero de 1991, *«En líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas no pueden integrar los tipos de estafa, porque no hay engaño (...), ni el de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino a perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no a la propiedad de cosas determinadas»*. En este sentido, afirma VALLE MUÑIZ que, aunque el TS en la finalidad de lograr administrar verdadera justicia, parece penetrar peligrosamente en el ámbito de la interpretación extensiva prohibida. Esto es, se va más allá del sentido literal de la ley.

⁴²³ Sobre esta diferenciación ya en ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Los delitos contra la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 29 y ss., 52 y ss.

diferenciación no estaba plenamente formulada ni a nivel interpretativo ni a nivel de la norma positiva⁴²⁴. Por otro lado, ya en el ámbito de los tipos que protegen el patrimonio, la dificultad se centraba también en la falta de delimitación de los ámbitos de aplicación de cada uno de ellos; o expresado de otra manera, en la no adecuada determinación (taxatividad) del tipo penal. Por ejemplo, en el ámbito de aplicación de la estafa, mediante los conceptos de defraudación y de engaño semejante se incluían todo tipo de perjuicios patrimoniales, sea que el perjuicio se instrumentalice con o sin engaño para lograr realizar la disposición patrimonial. El art. 529.1 CP de 1973, tipificaba la estafa como: *“El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes”*.

El problema fundamental de este tipo penal en concreto, venía representado por la asimilación de la estafa con la defraudación, o lo que es lo mismo la falta de separación conceptual entre la estafa y las defraudaciones. Por lo tanto, faltaba una diferenciación entre los perjuicios patrimoniales

⁴²⁴ Sobre esta cuestión, muchos autores habían puesto de manifiesto que, hasta la aprobación del Código penal de 1995, el delito de apropiación indebida en la modalidad distracción de dinero, y marginalmente el tipo penal de la estafa, se constituían en la única posibilidad de castigo de la administración desleal del patrimonio ajeno en el ordenamiento jurídico-penal español. Entre los que habían ya puesto de manifiesto esta realidad jurídica, por ejemplo, muy a parte de los autores que iremos citando a lo largo de este apartado: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 305 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 27; BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Manual de Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 404 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 44 y ss.; LUZÓN PEÑA, D., ROSO CAÑADILLAS, R.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 5 y ss.; ORTS BERENGUER, E., «La administración fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Código penal de 1994», en *Falsedad y defraudaciones*, dir. MUÑOZ CONDE, F., CGPJ, Madrid, 1995, pág. 218; SEQUEROS SAZATORNIL, F., DOLZ LAGO, M.: *Delitos societarios y conducta afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Ed. La Ley, tercera edición, 2013, pág. 514; MATA Y MARTÍN, R.: «Estructura fundamental del delito de administración desleal», en *El nuevo Derecho penal español*, Estudios Penales en memoria del PROFESOR JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, Ed. Aranzadi, coords. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., Pamplona, 2001, pág. 1547 y ss.; HAVA GARCÍA, E.: «Administración desleal», en *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Penal de Empresa, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2005, pág. 149 y ss.; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 356 y ss.

ocasionados mediante engaño y los perjuicios patrimoniales que tenían como vehículo comisivo la deslealtad del autor respecto del titular del patrimonio confiado⁴²⁵. Hacía falta, por un lado, una mayor determinación de los tipos penales: la estafa, por ejemplo; y, por otro lado, la creación de un tipo penal diferenciado que castigue los comportamientos desleales de los administradores de patrimonio ajeno. Ésta debió ser la conclusión tanto a nivel interpretativo como a nivel normativo de la separación conceptual entre los delitos que protegen la propiedad y aquellos que protegen el patrimonio, porque fue en este ámbito en el que también fue posible diferenciar conceptualmente entre ataques al patrimonio que utilizan un engaño y aquellos en los que el vehículo comisivo lo constituye la grave infracción de las facultades de disposición (u obligar) sobre el patrimonio administrado ocasionando un perjuicio patrimonial precisamente por quien tenía bajo su ámbito de relación el deber de custodia del patrimonio de quien se lo confió. Pero a este resultado se llegó tan sólo de manera parcial. La (nueva, en ese entonces) interpretación del delito de estafa (a través de aquello que en los ordenamientos italiano y alemán se decía), trajo consigo un entendimiento de la estafa que establecía que la misma estaba conformada por los cuatro elementos que hoy ya recoge positivamente el CP: engaño, error, disposición patrimonial y daño⁴²⁶. Sin embargo, en su momento, por un lado, ni fueron incluidos en la concreta norma penal de la estafa, porque aquella se mantuvo inalterada; y, por otro lado, no se incorporó un tipo penal autónomo de administración desleal genérica (sino hasta la LO 1/2015). Por lo que, ante este marco normativo, la jurisprudencia hacía subsistir dos interpretaciones del delito de estafa: a) un concepto restringido de estafa relacionado con los referidos cuatro elementos; y, b) un concepto amplio de estafa en función de la idea de defraudación que se utilizó para cubrir los vacíos legales entre los que cabían los comportamientos de

⁴²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 196. Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa en el Código penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 15, *passim*, realiza una referencia a la cuestión.

⁴²⁶ ANTÓN ONECA, J.: «La estafa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, t. IX, Barcelona, 1958, pág. 56 y ss. Aquí se define que: “Estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”.

administración desleal. De este modo, en el concepto de engaño encajaban tanto los comportamientos realizados para lograr una ventaja patrimonial ilícita (estafa tradicional) como aquellos que se realizaban para perjudicar defraudando la confianza recibida (administración desleal). En definitiva, se podía defraudar engañando o incumpliendo la obligación de lealtad que se debía respecto del titular del patrimonio administrado⁴²⁷. Con la LO 8/83 se realizó un cambio normativo sustancial sobre el delito de estafa⁴²⁸.

Los cuatro elementos forjados tempranamente por el tipo de interpretación fueron introducidos en la ley y no sólo eso, sino que se eliminó la idea de la estafa como defraudación y la cláusula de cierre referida a los engaños semejantes. Ante esta situación dado el nuevo marco normativo de la estafa, resultaba imposible introducir los comportamientos de administración desleal en el nuevo art. 528 CP de 1973⁴²⁹. Sin embargo, no sólo sucedió esto: la limitación del ámbito de aplicación del delito de estafa, sino que, además, para cubrir el vacío legal, se interpretó que en el art. 535 CP de 1973 se contenían dos tipos delictivos completamente diferenciados: a) un tipo penal contra la propiedad de apropiación indebida; y, b) un tipo penal contra el patrimonio de distracción de dinero⁴³⁰. A pesar de la transformación y

⁴²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 197;

⁴²⁸ El texto del art. 528 CP 1973, era el siguiente: “Cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero”.

⁴²⁹ ROSO CAÑADILLAS, R.: «Las relaciones entre...», *Ob. Cit.*, pág. 52, explica que en la STS 224/1998 de 26 de febrero, sobre el caso *Argentia Trust*, en su Fundamento de Derecho séptimo se manifestó, que la estafa regulada en el art. 528 tenía una redacción muy amplia: “el que defraudare a otro” y se acotó con la reforma del CP de 1983, por lo que se ganó seguridad jurídica y cumplimiento estricto del principio de legalidad, pero en consecuencia muchos hechos incluidos en la fórmula tan amplia de la estafa pasaron a ser atípicos. Así, se pronunció el TS en las sentencias de: 10 de octubre de 1990, 31 de enero de 1991, 28 de mayo de 1991, 2 de abril de 1993. Sobre la diferenciación entre el delito de estafa y la administración desleal están las sentencias de: 22 de septiembre de 2000, 29 de junio de 2002 (caso *Banesto*), 22 de octubre de 2003, 21 de junio de 2007, 15 de marzo de 2013, 3 de marzo de 2014.

⁴³⁰ ROSO CAÑADILLAS, R.: «Las relaciones entre...», *Ob. Cit.*, pág. 52. Para esta interpretación, se tomó como base el hecho de que cuando el objeto del delito era el dinero, era posible interpretar que se trataba de una administración desleal. En este sentido, éste, el dinero, puede incorporarse o no al patrimonio del sujeto activo, porque el fundamento de la tipicidad está en que se produzca un perjuicio al patrimonio del administrado realizado mediante la infracción de los deberes de lealtad-fidelidad que son inherentes a su posición. En consecuencia, al no exigirse la incorporación del bien y el resultante enriquecimiento, tampoco es necesario el ánimo de

modernización operada en su momento respecto de la estafa y aunque aquella modernización no alcanzó para configurar un tipo penal autónomo de administración desleal, el tipo de interpretación⁴³¹, sin exceder a mi juicio el

apropiación. Respecto del dolo, únicamente se necesita el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

⁴³¹ A favor de esta interpretación, importante: SILVA CASTAÑO, M.: *El delito de apropiación indebida...*, Ob. Cit., pág. 71; SILVA CASTAÑO, M.: «§ 18. Estudio de los arts. 252, 253 y 254 del Código penal. Especial consideración de las modalidades delictivas de la apropiación y la distracción como conductas previstas en el art. 252: la gestión del dinero ajeno y la administración desleal societaria del art. 295. El patrimonio histórico como objeto de protección en los delitos contra la propiedad», en *Curso de Derecho Penal económico*, Ed. Marcial Pons, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Madrid-Barcelona, 2005, pág. 373 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de Derecho Penal Económico...*, Ob. Cit., pág. 138 y ss., *passim*; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal...», Ob. Cit., pág. 193 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La malversación como delito de administración desleal», en *La administración desleal...*, Ob. Cit., pág. 111 y ss., 126 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, C.: «El tipo subjetivo en la administración desleal», en *La administración desleal...*, Ob. Cit., pág. 47 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.: «Acerca de la mal llamada “apropiación indebida” de dinero», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 335, marzo de 1998, pág. 1 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Los delitos societarios en la reforma penal», en *Hacia un Derecho...*, Ob. Cit., pág. 151 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *LH PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1207 y ss. A favor, distinguiendo en relación del carácter temporal de “apropiación”, de tal modo que las apropiaciones con carácter definitivo son apropiaciones indebidas y las de carácter temporal son administraciones desleales: MATA Y MARTÍN, R.: «Estructura fundamental...», Ob. Cit., pág. 1554 y ss. En contra: PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, A.: «Apropiación indebida y administración desleal: Una propuesta de diferenciación», en *La Ley*, 2014-1, pág. 1604 y ss., este autor afirma que no se puede asimilar la distracción como administración desleal porque en la apropiación indebida se parte de una situación fáctica: quien dispone no tiene una facultad jurídica para hacerlo, porque el poder actuado por el sujeto no le es reconocido por la norma y jurídicamente no existe; mientras que la administración desleal tiene su origen en una disposición jurídica existente, que supone siempre el ejercicio de una facultad reconocida por la ley: quien dispone ha de ejercitar una facultad jurídicamente reconocida por el orden jurídico, verdadera y no simulada, aunque puede estar disimulada, es decir, legalmente atribuida, una facultad que le está concedida al sujeto como poder jurídico amparado por las normas; ROSO CAÑADILLAS, R.: «Las relaciones entre...», Ob. Cit., pág. 55, 99 y ss.; LUZÓN PEÑA, D., ROSO CAÑADILLAS, R.: «Concurso entre apropiación indebida y administración desleal», en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Ed. Iustel, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Madrid, 2008, pág. 196 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La problemática de la administración...», Ob. Cit., 193 y ss., 218 y ss.; NIETO MARTÍN, A., FOFFANI, L., «Corporate Governance y Administración Desleal: Casos y Problemas de Derecho Comparado Europeo», en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pág. 202 y ss.; MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, Ob. Cit., pág. 298; FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 105; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Administración societaria fraudulenta y Derecho Penal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, «Caso Banesto»)\», en *RDPCr*, núm. 9, 2002, pág. 258 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 140; para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 103, la idea de extraer todos los supuestos de distracción de dinero del art. 295 CP y reconducirlos al art. 252 CP, era contraria a todas las reglas de interpretación de las normas penales y carece de justificación político criminal. Esta interpretación no podía ser aceptada desde la perspectiva de la interpretación del antiguo art. 252, y tampoco podía ser sostenida a partir del examen del art.

texto legal, pudo sancionar los graves comportamientos de administración desleal a través de la modalidad de distracción de dinero constante en el antiguo art. 535 CP de 1973. De manera unánime, la doctrina no tenía inconveniente en aceptar que determinados supuestos de administración desleal pueden ser castigados conforme a esta interpretación⁴³². Sin embargo, también afirmaban que no se podía aplicar a todos los supuestos⁴³³. Allende estas críticas, el Tribunal Supremo desarrolló la interpretación y la llevó hasta las últimas consecuencias⁴³⁴; sin que esto haya limitado o impedido a la doctrina exigir de *lege ferenda*, la tipificación de un precepto que lograra conciliar estas críticas, otorgara mayor seguridad jurídica e impidiera la impunidad de los grupos de supuestos que no tenían cabida en la distracción de dinero⁴³⁵. La respuesta a estos pronunciamientos tardó en llegar hasta la promulgación de la LO 1/2015,

295, al contravenir también la interpretación gramatical y la lógica-sistemática de éste. Tampoco encuentra apoyo en la interpretación teleológica de ambos preceptos ni en consideraciones político-criminales, y, por si lo anterior no bastare argumentaba, se trata además de una interpretación en contra del reo. Es decir, no se trata de una interpretación extensiva, sino de una interpretación analógica contra reo y, por tanto, penalmente ilegal e inconstitucional; para MAGALDI PATERNOSTRO, M.: «Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: Criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras», en *Derecho Penal económico*, Estudios de Derecho Judicial, Ed. CGPJ, dir. GIMENO JUBERO, M., núm. 72, 2005, pág. 161 y ss., el único bien jurídico que existía en el art. 252 es la propiedad, de este modo, desde el inicio de su exposición se separa de la doctrina mayoritaria. Lo interesante de esta postura está en que considera que la propiedad no se debe entender como pérdida del derecho real, sino como pérdida o privación del sujeto de las facultades inherentes al dominio, quedando fuera de su esfera de comprensión los usos abusivos no dominicales; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «De nuevo sobre la diferencia...», *Ob. Cit.*, pág. 2174 y ss.

⁴³² Entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones...», *Ob. Cit.*, pág. 683; GONZÁLEZ RUS, J.: «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código penal de 1992», en *Hacia un derecho penal económico europeo...*, *Ob. Cit.*, pág. 182; ORTS BERENGUER, E., «La administración fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 218 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J.: «La administración social fraudulenta (art. 295 del Código Penal)», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Ed. Tecnos, coords. GALÁN CORONA, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., Madrid, 1999, pág. 128 y 129; FARALDO CABANA, P.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 358.

⁴³³ Entre otros, ORTS BERENGUER, E., «La administración fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 216 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J.: «La administración social fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 129; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 6 y ss.

⁴³⁴ En este sentido, se pronunció el TS en las sentencias de: 17 de octubre de 1996, 26 de febrero de 1998 (caso *Argentia Trust*), 16 de febrero de 2001.

⁴³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 312; STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma...*, *Ob. Cit.*, pág. 63; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 94.

que, de alguna manera, corrige y soluciona el problema interpretativo de la administración desleal.

La sentencia 224/1998 de 26 de febrero, resume de una manera bastante completa la problemática y la solución. En el núm. 7 de los Fundamentos jurídicos se señala que *“antes de la reforma operada en 1.983 en el CP de 1.973, el art. 528, definidor de la estafa en los términos amplísimos que se recordarán -“el que defraudare a otro”- podía ser utilizado quizá para el castigo de una amplia gama de conductas fraudulentas susceptibles de ocasionar un perjuicio patrimonial”*. Sin embargo, a partir de la LO 8/1983, la nueva redacción del delito de estafa convierte *“el engaño en el elemento nuclear de la estafa”*; de este modo, se hizo imposible que cupiera en este tipo penal cualquier otro comportamiento que no utilice como medio idóneo para la comisión, el engaño⁴³⁶. Esto significaba de manera preponderante, que los comportamientos de administración desleal, no estaban abarcados por el delito de estafa. Pone de manifiesto la sentencia, que a partir de la referida reforma tanto la doctrina como la jurisprudencia llegaron a la conclusión de que los comportamientos de administración desleal *“habían quedado en buena medida despenalizados”*. El fundamento para esta aseveración estaba en la observación de que el ataque (doloso) productor de un perjuicio patrimonial a un patrimonio ajeno, realizado por quien recibió en confianza la custodia y administración de dicho patrimonio, no se realiza con base a *“una maniobra engañosa”*, sino que es consecuencia *“del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado”*. Una situación fáctico-normativa, completamente distinta a lo que ocurre en la (en ese entonces, nueva) estafa, por lo que no se podría *“sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos”*. La sentencia también razonaba sobre otra importante circunstancia normativa, el carácter fungible del dinero. Pero este no era sólo un problema del objeto sobre el que recaía la acción, el dinero, sino en relación al dinero como objeto parte del concepto de (los derechos que se ostentan sobre el) patrimonio y no, como objeto (del derecho) de propiedad,

⁴³⁶ Señala la sentencia, además, que, junto a los demás requisitos típicos introducidos, se perfeccionó *“la redacción del tipo de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad”*.

que en general se ostenta respecto de cosas muebles⁴³⁷. En este sentido, se sostenía que cuando el dinero como bien fungible constituía el objeto del comportamiento, “*la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración*”, no realiza una afectación al derecho de propiedad, sino al conjunto de derechos patrimoniales, “*que no es una cosa mueble sino un conjunto de activos y pasivos*”, lo que en definitiva, se convertía en un obstáculo para que se pueda apreciar el delito de apropiación indebida, toda vez que se parte del presupuesto de que este tipo penal, la apropiación indebida, protegería la propiedad. Lo fundamental a este respecto, está en que para el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, esta argumentación sobre la imposibilidad de que quepan los comportamientos de administración desleal en el art. 535 del CP de 1973, constituye una interpretación excesivamente restrictiva y además, incompatible con los criterios de una moderna política-criminal que deba atender a las exigencias propias de la actual sociedad, “*una sociedad compleja industrial o postindustrial*”, sin olvidarnos del hecho de que en modo alguno está abarcada “*por la literalidad del precepto*”. De este modo, la idea de dos tipos penales diferenciados dentro del antiguo art. 252 CP de apropiación indebida, uno de los cuales contenía un tipo genérico de administración desleal a través de la hipótesis de distracción de dinero, se impuso a nivel jurisprudencial. Revisemos mediante el análisis de las sentencias previas a ésta, cómo se forjó la interpretación de la modalidad de distracción de dinero como tipo de administración desleal. Aquí, será preciso advertir que aunque existen otras sentencias posteriores a la 224/1998, no serán motivo de análisis (exceptuando la sentencia 1114/2006), por cuanto lo que se quiere mostrar en este apartado, se circunscribe a la doctrina que explica el tipo de administración desleal mediante la modalidad de distracción de dinero y esto

⁴³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Problemas constitucionales...», *Ob. Cit.*, pág. 393, pone de manifiesto que el fundamento de esta interpretación proviene del derecho civil, porque el art. 1753 CC, establece que “*el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad*”. Es decir, que la entrega de dinero a otro, se realiza siempre en propiedad, cualquiera que sea la voluntad del que hace la entrega, aunque éste no renuncie expresamente a la propiedad. Se trata de una norma que no es específica del préstamo, sino de todo “*título que produzca obligación de entregarlo devolver*” cosas fungibles, de un principio general aplicado al préstamo, precisamente porque en este contrato el titular del dinero conserva la pretensión de la devolución.

se logra ya con el análisis de las sentencias antecesoras a la de 26 de febrero de 1998 (junto con aquella), para luego, resumida la doctrina sobre esta cuestión, determinar si son trasladables todos los aspectos de la interpretación forjada, al ámbito de interpretación del nuevo art. 252 CP, y si no son trasladables todos los aspectos, cuáles si y cuáles no.

La primera de las sentencias que abre paso a la sistematización de la administración desleal genérica en el derecho español, es la del Tribunal Supremo 1499/1994 de 7 de marzo⁴³⁸. En esta sentencia se afirma que la modalidad de distracción de dinero es propiamente un tipo autónomo y diferenciado del de apropiación indebida y que, por tanto, protege algo distinto. En efecto, se apunta que lo que protege el tipo de administración desleal es el patrimonio. Y no sólo eso, sino que se afirma, además, que el perjuicio patrimonial es ocasionado por la administración desleal del dinero⁴³⁹. Como el Tribunal Supremo está pensando en la interpretación de la modalidad de distracción de dinero como tipo de administración desleal, el hecho no se adecúa a la tipicidad. El Tribunal Supremo razona que, aunque el recurrente hubiera probado el hecho de que se haya cambiado el destino del dinero, porque no se adquirió el edificio, sino que se dispuso del dinero en un sentido distinto del que se hubiera dispuesto (ingreso en una cuenta), lo importante está en que mediante esta acción no se ha perjudicado el patrimonio administrado. En palabras del propio tribunal, *“con el desvío de los fondos no se realiza necesariamente este tipo penal”*. El núcleo de la tipicidad de la modalidad de

⁴³⁸ Base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ, órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ. Esta sentencia, resuelve un recurso de casación, el 1446/1993, presentado contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de marzo de 1993. La Audiencia resuelve en atención al proceso del Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid, que instruyó sumario con el número 32/81 contra José María. En el fundamento de derecho primero, se comienza a perfilar un esbozo de lo que será la administración desleal genérica del antiguo art. 252.

⁴³⁹ En esta sentencia, se señala que el recurrente tiene como soporte del primer motivo del recurso, la infracción del art. 535 CP, que tipificaba el delito de apropiación indebida. Detalla la sentencia que los documentos que se aportan en la preparación del recurso, tienen como finalidad, *“demostrar que los 2.200.000 ptas. entregadas al procesado no estaban destinadas a comprar las acciones”*, sino que tenían como destino o finalidad la adquisición de un bien inmueble, un edificio cito en la ciudad de Madrid. En concreto, el TS afirma que para el recurrente el *“cambio de destino”* del dinero constituye el hecho típico suficiente para imputar al procesado.

distracción de dinero vendría representado por el hecho de que se observa “*un perjuicio patrimonial ocasionado por una gestión desleal de dinero*”. Como esto no ocurre en los hechos probados que la sentencia relata, porque el dinero fue depositado en una cuenta (de la que no tenía autorización para realizar los movimientos bancarios, por lo que aun en este posterior momento, carecía de poder de disposición), y este hecho se realizó con el consentimiento de quien hubiera recurrido, el Tribunal Supremo descarta la posibilidad de imputar un delito por la modalidad de distracción de dinero y confirma la absolución del Tribunal *a quo*⁴⁴⁰.

En la sentencia del Tribunal Supremo 1730/1994 de 14 de marzo⁴⁴¹, se señala que Carlos Daniel, en calidad de depositario, recibió varios vehículos y cuyo importe total de venta, una vez efectuada la misma, “*se apropió en su propio beneficio, sin reintegrar a aquéllas entidades, el precio fijado, siempre inferior al que el acusado obtuvo por su venta- ...*”, razón por la que la Audiencia de instancia, condenó al acusado como autor del delito de apropiación indebida (según el antiguo art. 535 CP de 1973). El acusado recurrió la sentencia por varios motivos, el que nos interesa a los efectos de esta investigación, es el referido a la infracción de Ley. En efecto, el recurrente

⁴⁴⁰ La sentencia se expresa así: “...Es indudable que esto no ocurre en el hecho probado (causación de un perjuicio patrimonial por una gestión desleal del dinero), toda vez que la Audiencia ha establecido que el dinero fue depositado -con consentimiento del recurrente- en una cuenta, respecto de la que el procesado no tenía poder de disposición. Asimismo, tampoco obró, según surge del fundamento jurídico primero con el propósito de perjudicar al recurrente, toda vez que nunca negó la titularidad del recurrente sobre las acciones a pesar de estar todas a su nombre. Por lo tanto, ni objetiva ni subjetivamente se dan los elementos del delito” de administración desleal que hubiera estado contenido en el antiguo art. 252 CP.

⁴⁴¹ Base de datos del CENDOJ. En la sentencia en la que se resuelve un recurso de casación, 1942/1993, se afirma en los antecedentes que el Juzgado de Instrucción número 7 de Santa Cruz de Tenerife instruyó sumario con el número 29/91 contra Carlos Daniel y, una vez concluido, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital que, con fecha 12 de mayo de 1993, dictó sentencia. Los hechos probados afirman que Carlos Daniel quien era propietario y administrador único de una empresa dedicada a la comercialización de vehículos automóviles de ocasión (Vehículos de ocasión de Canarias S.A), recibió del representante legal de otra sociedad dedicada también a la comercialización de vehículos automóviles (HATUSA, AUCASA e INDICASA,), varios vehículos usados o de ocasión. La entrega-recepción de los vehículos se realizaba con ocasión de un pacto o contrato que consistía en la entrega de los vehículos en calidad de depósito con el objeto de que Carlos Daniel mediante su empresa realice la reventa. El beneficio del negocio respecto de Carlos Daniel consistía en la diferencia de precio que en más podía obtener por la venta de los mismos, bajo concepto de comisión. Carlos Daniel tenía por su parte, la obligación de entregar el valor pactado del vehículo a la sociedad que se lo hubiera entregado.

afirmó que no se debió aplicar el art. 535 CP de 1973 (apropiación indebida), porque los hechos son un problema civil. Los fundamentos son: a) el reconocimiento de la obligación (deuda), lo que trae aparejado como consecuencia la anulación del injusto típico de la apropiación indebida⁴⁴², es decir la no presencia del *rem sibi habendi* (la postura es interesante, porque es equiparable con la doctrina que el Tribunal Supremo admite sobre la innecesariedad del ánimo de apropiación como elemento subjetivo distinto del dolo, con lo que probado el dolo, se prueba el *rem sibi habendi*, descartado este elemento ¿también se podría interpretar que desaparece la tipicidad (porque no habría dolo)?). Se añade aquí, la concreta intención de asumir la obligación, el pago de la deuda, inclusive con medios propios; y, b) la no incorporación patrimonial de la suma adeudada⁴⁴³.

⁴⁴² FERRER SAMA, A.: *El delito de apropiación indebida*, Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Murcia, Murcia, 1945, pág. 452-453. Este autor, entiende a la apropiación como acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con intención de usar o disponer de ella como dueño y con ánimo de no restituirla. Indica que, en este concepto de apropiación existen dos elementos: a) los actos materiales realizados por el sujeto y dirigidos a la incorporación de la cosa a su patrimonio; y, b) el estado de ánimo que consiste en la intención del sujeto de hacer suya la cosa. Sin la concurrencia de ambos elementos, no hay posibilidad de apropiación, pues si la persona que tiene intención de hacer suya la cosa no realiza ningún acto externo en el que aquel deseo plasme, su conducta no pasará de un mero designio, acto puramente volitivo del que no pueden derivar consecuencias jurídicas y si, por el contrario, ejecuta actos que pudieran considerarse como de apropiación, pero queda probado que su propósito no fue el de hacerse dueño de la cosa, sino otro, compatible con el reconocimiento del propietario tampoco puede afirmarse que se haya apropiado de ella. Entonces, la apropiación resulta no sólo de un hecho o de una serie de hechos materiales de dominio, sino también de una manifestación explícita o implícita de la voluntad de tener la cosa misma como propia. Concluye afirmando que en el *animus rem sibi habendi* manifestado en algún acto externo, es donde reside la esencia de la apropiación. Aunque, SÁINZ PARDO, J.: *El delito de apropiación indebida*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 138, ubica este elemento como parte integrante del tipo subjetivo, parece que algo le hace intuir que no es totalmente correcto afirmarlo, pues manifiesta que “la misma acción descrita en el tipo, el apropiarse, necesariamente lleva un elemento subjetivo junto a la acción material de apoderamiento”, el *animus rem sibi habendi*. En sentido similar a FERRER SAMA, se manifiesta QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Ed. Revista de Derecho privado, t. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Madrid, 1964, pág. 910; también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Apropiaciones indebidas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 103.

⁴⁴³ El Tribunal Supremo desestima el motivo afirmando que “el reconocimiento de la deuda no excluye la realización de la acción típica”. En este sentido, lo que quiere decir el TS es que si se imputa jurídico-penalmente, no es porque se deba cumplir con una determinada obligación civil de dar, hacer o no hacer, sino que se imputa porque se ha realizado un hecho típico de los descritos por el CP, una cuestión de presupuestos, que parece una perogrullada, pero que es en verdad un punto de partida que legitima toda la discusión material sobre la imposición de la pena (en general y en concreto). El TS en realidad va más allá cuando afirma que, “el argumento del

El Tribunal Supremo, por su parte, afirma que el texto del artículo que contiene el delito de apropiación indebida (art. 535 CP de 1973⁴⁴⁴), no sólo contiene el tipo penal de la apropiación indebida de cosas, sino que, además, cuando el objeto material del comportamiento lo sea o se refiera al dinero, se trataría de un tipo penal de “*gestión desleal*”⁴⁴⁵. Este tipo penal, que según el Tribunal Supremo tendría alcances limitados, se realizaría cuando el administrador, o en el caso propio de la sentencia comentada, el comisionista, perjudica patrimonialmente a quien hubiera entregado (confiado) el dinero. La fórmula de la administración desleal de dinero establecida en esta sentencia por parte del Tribunal Supremo es de una amplitud considerable, porque una vez que hayan sido recibidas las sumas de dinero con el objeto de ser entregadas a quien las hubiera facilitado, y si el sujeto del delito no lo hiciera “*distrayendo el dinero de cualquier manera*”, basta para afirmar el tipo penal, estableciendo de este modo, un ámbito de aplicación de difícil delimitación. Por lo que, lo

recurrente presupone, en realidad, que al haber reconocido en todo momento la titularidad de los comitentes sobre las sumas de dinero recibidas no ha existido el animus rem sibi habendi que es característico de la apropiación y que ello excluiría la adecuación típica de la conducta imputada al procesado”. De este modo, la alegación del recurrente tiene la finalidad no sólo de demostrar que se trataría de un ilícito civil, sino que, además, se trataría de un ilícito civil, porque no se cumplen con los presupuestos de la tipicidad en el delito de la apropiación indebida. Que no se cumple con el fundamento de la tipicidad, porque no existiría ánimo de apropiación. El TS por su parte, añade que la cuestión no es baladí, por la dificultad que encierra admitir la apropiación indebida en los supuestos “*de las entregas de cosas fungibles o de dinero, en los que no se está obligado a restituir las cosas mismas sino un valor equivalente*”.

⁴⁴⁴ «Artículo 535.- Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario. Igual pena se impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropien con ánimo de lucro.»

⁴⁴⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 184-185. Este autor, señala que la apropiación indebida del antiguo 252 CP, hoy 253 CP, es realmente un tipo agravado. La razón de la punición más alta se encuentra en el quebrantamiento de la relación de confianza que existe en la apropiación de la cosa ajena entregada por voluntad del propietario y que no existe en la apropiación de cosas ajenas cuya posesión se tiene por razones que no justifican jurídicamente la adquisición de la propiedad. Por tanto, los elementos del tipo objetivo son: a) la acción de apropiación; y, b) el quebrantamiento de una especial relación de confianza. El objeto de la acción es una cosa mueble, recibida por una relación jurídica lícita. El *animus rem sibi habendi* debe esta objetivado en la acción, el sujeto activo del delito debe haber realizado un acto que demuestre objetivamente su propósito de expropiar al sujeto pasivo. Por esta razón, no es un elemento del tipo subjetivo, y también, por esta razón se diferencia del hurto, en donde el *rem sibi habendi* es un elemento subjetivo del tipo.

que importa para la tipicidad en definitiva es la causación de un perjuicio patrimonial como consecuencia de la gestión inadecuada del dinero. En este sentido, afirma el Tribunal Supremo que esta concreta modalidad de distracción de dinero, no afecta a la propiedad de cosas mediante la apropiación de dinero, porque normativamente no es posible realizar la apropiación de cosas fungibles⁴⁴⁶. Lo que se prohibiría en la distracción de dinero sería un perjuicio patrimonial ocasionado por la infracción del deber salvaguardar (el destino de) las sumas recibidas, que se deriva de las facultades de gestión que sobre el mismo se hayan otorgado. Desde esta perspectiva, como en este concreto comportamiento típico no se trata de una acción de apropiación, el ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi*, es completamente innecesario. Tan sólo se requiere que el sujeto autor del delito, el administrador o en el caso de la sentencia, el comisionista, conozca que con su comportamiento producirá un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio administrado. Con esta argumentación el Tribunal Supremo consigue al mismo tiempo tres resultados: a) desvirtuar que en los supuestos de distracción de dinero se trate de una acción de apropiación en la que se requiera ese ánimo; b) configurar la distracción de dinero como supuesto de perjuicio patrimonial ajeno que se realiza por la inadecuada gestión del dinero ajeno confiado en administración; y, finalmente, c) como no se trata de un supuesto prohibido de apropiación, sino de uno de gestión desleal de dinero ajeno, tampoco se precisa corroborar el ánimo de lucro propio o ajeno, el enriquecimiento propio o ajeno, porque esto no constituye requisito para producir el daño al patrimonio ajeno⁴⁴⁷.

La tercera sentencia del Tribunal Supremo que incidió en esta cuestión es la 7471/1997 de 9 de diciembre⁴⁴⁸. El acusado fue condenado como autor

⁴⁴⁶ La sentencia se expresa así: "...en esta hipótesis particular no se afecta la propiedad de cosas mediante apropiación ni la propiedad del dinero, pues ello no sería posible, dado su carácter fungible. Se trata por el contrario de una forma de realización del tipo que requiere un perjuicio patrimonial ocasionado al titular del patrimonio administrado o al patrimonio del comitente, como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas...".

⁴⁴⁷ Por tal razón, como es obvio, se rechazó el recurso de casación, y se sentó, a su vez, las bases para el posterior desarrollo jurisprudencial y legal de la administración desleal genérica, desarrollo que se ve completado junto con la siguiente sentencia que analizaremos.

⁴⁴⁸ En la sentencia en la que se resuelve también un recurso de casación, 1207/1997, que se propone contra la sentencia de 18 de febrero de 1997 de la Audiencia Provincial de León, cuyo

responsable del delito de apropiación indebida de conformidad al art. 535 CP⁴⁴⁹. El Tribunal Supremo, consolida la interpretación de las dos modalidades típicas contenidas en el texto del tipo de apropiación indebida, subsistente en los derogados artículos 535 y 252 de los Códigos Penales de 1973 y 1995 respectivamente. En efecto, afirma el Tribunal Supremo, en primer lugar, que la modalidad típica de distracción de dinero que subsistía junto a la de apropiación de cosas en el art. 535 CP de 1973, se mantiene vigente en el CP de 1995, a través del art. 252⁴⁵⁰. En segundo lugar, señala que la modalidad de

objeto a su vez fue el sumario No. 442/93-PA contra Luis Ángel. En los antecedentes, se afirma como probado que el acusado, director de una entidad mercantil dedicada a la venta de vehículos automóviles, tenía un contrato con otra sociedad dedicada también a la venta de vehículos automóviles (BMW Ibérica S.A.). La relación jurídica tenía como fundamento un contrato de concesionario cuyo objeto era la venta exclusiva de los vehículos de la segunda sociedad por parte de la primera, en la ciudad de Ponferrada. El trato consistía en que la sociedad cuyo director era Luis Ángel, tenía que recibir los vehículos y luego debía venderlos con un determinado precio de venta al público, valor previamente establecido por parte de la otra sociedad. El dinero producto de la venta debía ser ingresado en una cuenta bancaria de titularidad de la sociedad cuyo director era Luis Ángel. En la misma entidad bancaria estaba depositaba la documentación para realizar la posterior transmisión legal de la propiedad de los vehículos a los compradores de los mismos, y que no se entregaba a Luis Ángel hasta que este no haya previamente depositado el valor de los vehículos que los compradores le habían entregado. El problema se suscita cuando Luis Ángel deliberadamente, luego de vender un considerable número de vehículos, no ingresa en la cuenta bancaria el valor que los clientes habían pagado por cada uno de ellos, de este modo, afirma la sentencia, *“apropiándose y disponiendo de él en beneficio propio y a causa de lo cual”*, estuvo imposibilitado luego, de retirar la documentación legal necesaria para realizar los traspasos de la propiedad de los referidos vehículos y su consiguiente matriculación para rodaje. En este sentido, Luis Ángel, para dotar de aparente legalidad las ilícitas ventas, y para que sus clientes no sospechen, entregaba a los compradores el vehículo con una *“con una simulada documentación provisional”*, y les afirmaba que pronto llegaría la documentación definitiva. La falsa documentación provisional contenía también números placas falsos, porque correspondían a otros vehículos que ya se encontraban en circulación. Los compradores circularon con estas placas hasta que la empresa propietaria de los vehículos que Luis Ángel vendía en la concesionaria, se enteró y procedió a realizar la entrega del dinero al banco para a su vez, retirar la documentación necesaria para generar los traspasos de propiedad y la matriculación vehicular, razón por la cual, se pudo valorar los perjuicios totales en *“30.861.375 pts.”*.

⁴⁴⁹ De todos los motivos, los que nos interesan son los referidos a la infracción de los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución española. En el fundamento de derecho primero, el TS afirma que, para el recurrente, la infracción de las dos garantías constitucionales tiene el mismo fundamento: *“el ánimo de enriquecimiento por parte del imputado no puede deducirse, ni mucho menos constatarse. No aparece en las actuaciones -concluye la Defensa- prueba de enriquecimiento personal por parte del imputado en detrimento del querellante”*, por tal motivo su resolución es unificada. Ambos motivos se desestiman.

⁴⁵⁰ Recordemos que esto significaba que, para el TS, la administración desleal del art. 535 CP de 1973, fue tipificada nuevamente en el nuevo art. 252 CP y no en el art. 295 CP. Razón por la que se privilegió la aplicación del primer precepto antes que el segundo, tornando prácticamente nulo el art. 295 CP.

distracción de dinero no requiere ánimo de enriquecimiento o ánimo de lucro, propio o ajeno, “*sino simplemente un propósito de adquirir sobre el dinero que se administra un poder de disposición en un sentido contrario a la finalidad de una administración leal del mismo*”. De este modo, se construye la modalidad de distracción, como una de administración desleal, en la que destaca que lo que configura el tipo es la disposición desleal del dinero recibido⁴⁵¹. Lo anterior consolida de manera evidente la interpretación conforme a la cual existían dos figuras típicas diferenciadas en el antiguo art. 252 CP de 1995, heredero natural del art. 535 CP de 1973: a) la apropiación indebida de cosas; y, b) la administración desleal de dinero. Para esta última modalidad, no se requieren especiales elementos subjetivos del tipo, tales como: el ánimo de lucro (propio o ajeno); el carácter fraudulento de la acción; o, actuar en beneficio propio o de un tercero, etc. El Tribunal Supremo, ya en esta sentencia, nos permite observar que la administración desleal, es un ataque patrimonial que tiene como vehículo comisivo la infracción del deber de lealtad, de la confianza depositada⁴⁵².

Toda esta asentada doctrina jurisprudencial, fue por decirlo de algún modo, expuesta con mayor claridad, en la sentencia del Tribunal Supremo 224/1998 de 26 de febrero de 1998, en el comúnmente denominado caso “*Argentia Trust*”⁴⁵³. Aquí se puso de manifiesto que para que se cumpla con la

⁴⁵¹ Por esta razón, afirma el TS que Luis Ángel, so pretexto de que no podía cumplir con los criterios objetivos de venta que le imponía la empresa concesionaria, ya sea porque esta no le suministraba los recambios de las piezas del vehículo o incluso, por cualquier otra causa, “*no estaba autorizado a disponer deslealmente del dinero recibido por la venta de los vehículos*”, debió en todo caso, denunciar por las causas legales el incumplimiento del contrato de concesión, pero no, administrar de manera inadecuada el dinero recibido. Por lo que, “*estas circunstancias no eliminan el propósito de desviar el dinero recibido para el pago de los coches por los compradores*”.

⁴⁵² Aunque no interesa a la finalidad de este apartado, debemos señalar que esta sentencia nos aporta más elementos en la configuración sistemática de administración desleal, pues directamente se menciona en lo que respecta al tipo subjetivo, a la prueba del dolo, que “*el propósito de utilizar el dinero en fines diversos de los correspondientes a la administración es absolutamente clara y surge de lo expuesto en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia recurrida, en el que resulta evidente que el autor realiza las acciones que se le imputan en forma consciente, lo que evidencia que el acusado sabía del desvío hacia su propio patrimonio de las sumas de dinero que percibía*”. Algo interesante y que debemos resaltar, porque aquí ya se aporta una configuración del dolo como conocimiento.

⁴⁵³ Base de datos del CENDOJ.

hipótesis de distracción de dinero, se deben dar los siguientes requisitos: 1) el tipo penal de infidelidad patrimonial contenido en el comportamiento típico de distracción de dinero, tiene la finalidad de “*proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado*” y el administrador; 2) la disposición patrimonial sin razones suficientes que lo justifiquen consuma el delito y por tanto, no se requiere verificar un enriquecimiento propio por parte del sujeto activo del delito; y, 3) tampoco es necesario comprobar un concreto *animus rem sibi habendi*, porque este elemento subjetivo de la tipicidad sólo tiene fundamento en los tipos penales de apropiación⁴⁵⁴. Sobre el primer elemento o característica, volveremos luego, porque parece ser que la doctrina infiere que el Tribunal Supremo sólo piensa en un tipo de infidelidad para el antiguo art. 252 CP, y por nuestra parte, consideramos que en la sentencia 224/1998 no se afirma de manera absoluta esa opción, aunque tampoco se afirma lo contrario. Mas lo que en este ámbito considero fundamental es que, aunque se infiera aquello, esa solución no es correcta, lo corrobora la sentencia del Tribunal Supremo 1114/2006 de 14 de noviembre que luego de la anterior, será también aquí analizada. Revisemos esta sentencia (224/1998 de 26 de febrero de 1998) cuyas repercusiones en el ámbito de nuestra investigación y de la interpretación del nuevo art. 252 CP son trascendentales.

Los hechos probados son de sobra conocidos por el foro jurídico⁴⁵⁵. En el núm. 7 de la fundamentación jurídica se comienza a razonar sobre el porqué

⁴⁵⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 201.

⁴⁵⁵ En el número 6 de los fundamentos de derecho, se inicia la argumentación en torno a los motivos cuarto y sexto del recurso de casación interpuesto por quien el Tribunal de Instancia, la Audiencia Nacional, consideró era culpable de un delito de apropiación indebida. Los hechos probados, en líneas generales se constreñirían a los siguientes comportamientos: 1) Banesto delegó en el acusado “*todas las facultades que por la Ley o por disposición de los Estatutos Sociales correspondían al Consejo de Administración, con la única excepción de aquéllas cuya delegación prohíbe*” la norma de referencia; 2) En el mes de junio o primeros días de julio de 1990, un alto cargo de la empresa, le comunicó a un Consejero Ejecutivo y también Consejero Delegado, que en una sociedad instrumental de Banesto, Banesto Industrial Investment Ltda., con domicilio en Gran Cayman, con capital social de 800.000 USD, se habían generado unos beneficios económicos, porque los activos que estaban valorados en pesetas y que poseía la sociedad filial, habían sido financiados en marcos alemanes, luego de una devaluación de esta moneda, se volvieron nuevamente a las pesetas, lo que produjo un incremento patrimonial “*superior a 700.000.000 de pesetas*”. Ante estos resultados, y luego de la comunicación, el mismo alto cargo preguntó al

no debe prosperar la alegación de los motivos cuarto y sexto⁴⁵⁶. Según el recurrente, no constando la efectiva apropiación o apoderamiento de dinero por parte del imputado y deduciéndose de los hechos probados un mero acto de disposición y correlativo desplazamiento patrimonial en perjuicio de la entidad bancaria, ello sólo podría constituir, un supuesto de administración desleal societaria según el art. 295 CP de 1995, pero atípica en el marco del art. 535 del CP de 1973⁴⁵⁷. Señala primeramente el Tribunal Supremo, que en el art. 535 del derogado CP de 1973, se encontraban dos hipótesis jurídico-penales, dos tipos penales distintos y que el nuevo CP de 1995, había mantenido las mismas formas típicas mediante el antiguo art. 252 CP. Esto significa dos cosas: a) que derogado el CP de 1973, no derogó el art. 535 CP, sino que fue sustituido por el antiguo art. 252 CP; y, b) que el heredero natural del art. 535 CP fue el antiguo art. 252 CP y no el suprimido art. 295 CP. En segundo lugar, y asentado lo anterior, en el antiguo art. 252 CP, existían dos diferentes tipos penales: *“el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance”*. A partir de aquí, se comienzan a establecer los elementos y momentos de la realización típica. En efecto afirma el Tribunal Supremo que el tipo de gestión desleal de patrimonio ajeno *“se realiza, aunque no se pruebe*

Consejero *“si se abonaban esas cantidades a Banesto o se dejaban allí”*, a lo que el Consejero Delegado *“le indicó que lo iba a consultar con”* el acusado; *“como hizo, y llamándole posteriormente le transmitió, siguiendo instrucciones”*, señalándole que el propio acusado le llamaría; 3) Poco después el acusado le llamó y le dijo al alto cargo, *“que le iba a hacer llegar una factura para pagar con cargo a Banesto Industrial Investment”*. En efecto, la factura llegó con una orden de pago sin firmar con la leyenda de aprobación por parte del Consejero Delegado. El alto cargo procedió a realizar el pago; 4) La factura de fecha 11 de julio de 1990 llevaba el nombre de Argentia Trust y como concepto y valor decía: *“por trabajos realizados de carácter jurídico, financiero y de marketing, con objeto de estudiar la aceptación por los mercados financieros internacionales de una colocación privada de acciones de la Corporación Industrial y Financiera, les facturamos... Pesetas 600.000.000”*.

⁴⁵⁶ El TS decide resolverlos de manera conjunta porque el cuarto motivo denuncia la aplicación indebida del art. 535 del CP de 1973, en relación con los arts. 528 y 529.7 y 8 del mismo texto vigente cuando los hechos ocurrieron -arts.252 y 250.6 del CP de 1995-.

⁴⁵⁷ En el sexto motivo, apoyado también por el Ministerio Fiscal, se denuncia la indebida no aplicación del art. 295 CP de 1995, en base a la aplicación del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable obligaría.

que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador”, porque lo que castiga el tipo penal no es la apropiación del bien cuyo titular es otro, sino la gestión desleal de ese patrimonio que causa un perjuicio a su titular. En este sentido, para el juzgador, se debe castigar como distracción de dinero, el ataque en forma de daño que sufre el patrimonio administrado como consecuencia de la gestión inadecuada y desleal del administrador, porque ha violado o infringido los deberes de fidelidad inherentes a su estatus, rol o función. Por lo que la diferencia entre apropiarse y distraer es “la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del “animus rem sibi habendi” sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona”. Razón por la que se rechaza el cuarto motivo de la casación⁴⁵⁸.

Hay una cuestión que es de suma importancia, por lo que debe ser tratada. Es la referida a la consideración del antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero como tipo de infidelidad patrimonial y, por tanto, debiera entenderse no como tipo de abuso. Las repercusiones interpretativas en esta materia son muy importantes porque de aceptarse una u otra forma interpretativa, sin que quepa la otra, lo obvio y natural, sería descartar la que no cabe. El Tribunal Supremo afirma que el hecho enjuiciado en la sentencia 224/1998, “*es uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina “tipo de*

⁴⁵⁸ Sobre el por qué rechazar el sexto motivo, no viene al caso discutir los pormenores de la argumentación, sin embargo, para no dejar cabos sueltos, debemos recordar que el Tribunal Supremo señala que el art. 535 CP de 1973 no quedó derogado con la vigencia del CP de 1995 ni tampoco fue sustituido por el en su momento recién estrenado art. 295 CP y recientemente suprimido por la LO 1/2015, sino que fue incardinado en una distinta numeración, en el antiguo art. 252 CP, por lo que no existió una aplicación inadecuada al supuesto de hecho, sino que el Tribunal *a quo* decidió resolver acertadamente el problema mediante las reglas del concurso de leyes, optando aplicar el art. 8.4 CP porque el art. 252 CP conservaba una pena más grave que el suprimido art. 295 CP.

infidelidad””. A renglón seguido, sostiene que la razón de ser del tipo de infidelidad no es otra que *“proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo”*. Sin embargo, no podemos inferir que de manera exclusiva el antiguo art. 252 CP en la modalidad de distracción de dinero, protegía sólo las relaciones internas, al menos no es eso lo que interpreta el Tribunal Supremo aunque también es cierto que no dice lo contrario, porque cuando afirma que *“nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado “tipo de infidelidad”, subsumible en el art. 252 del CP vigente como delito de apropiación indebida y en el 250.6º por la especial gravedad de la entidad del perjuicio”*, no descarta que también sean subsumibles comportamientos desleales de los administradores que ataquen las relaciones externas y de este modo también quepa el tipo de abuso. Sobre esta cuestión volveremos después, sólo queremos dejar anotado aquí, que no es posible descartar la aplicación de ambas modalidades en el antiguo art. 252 CP: el tipo de abuso y el tipo de infidelidad; y que, de la argumentación del Tribunal Supremo, tampoco se desprende que eso sea así. La doctrina expuesta por esta sentencia fue reiterada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo en las sentencias de: 3 de abril de 1998, 12 de mayo de 2000, 14 de julio de 2000, 21 de noviembre de 2000, 16 de febrero de 2001, 29 de mayo de 2001, 7 de noviembre de 2002, 26 de noviembre de 2002, 16 de septiembre de 2003, 2 de febrero de 2004, 25 de enero de 2006, 21 de julio de 2006. Ya en las sentencias 841/2006 de 17 de julio y 1114/ 2006 de 14 de noviembre, a pesar de que se mantiene en su estructura la misma y consolidada interpretación de la modalidad de distracción de dinero, se opta por configurarlo no como tipo de infidelidad sino como tipo de abuso. Revisemos, por tanto, también la sentencia 1114/2006, que completa de algún modo, el desarrollo de la doctrina sobre la hipótesis de distracción de dinero.

En efecto, en el fundamento jurídico primero, núm. 2, se establecen los contornos de esta interpretación. El Tribunal Supremo afirma primeramente que dado que el texto del art. 252 CP, en la modalidad de distracción de dinero,

es realmente poco expresivo de los elementos que constituyen la tipicidad, y sólo se entienden aquellos en forma implícita dentro de los términos: “*distrajere dinero*” que el sujeto activo del delito hubiere recibido en “*administración*”, es muy importante, realizar siempre a los efectos de la adecuación del comportamiento al tipo penal, la operación que indique que en el supuesto de hecho concreto, el sujeto activo, era en realidad un administrador; pero también, es importante siempre determinar con precisión en qué consiste distraer el dinero. Inmediatamente después, el Tribunal Supremo, luego de revisar el estado de la discusión a nivel doctrinal, afirma que sobre el fundamento del injusto de la modalidad de distracción de dinero como tipo de administración desleal existen tres teorías: la primera postura afirma que la esencia del delito de administración desleal está en el abuso de poder que ejerce el administrador, mediante los actos de disposición sobre el patrimonio ajeno; la segunda tesis señala que el fundamento del tipo está en la infracción del deber que ostenta el administrador de velar por el patrimonio ajeno; y la tercera teoría se inclina por explicar que el tipo se realiza por el quebrantamiento de una relación de confianza, y se precisa que no es necesario que este quebrantamiento tenga como fundamento la infracción de deberes que surgen de una relación jurídica concreta⁴⁵⁹. Anticipa el Tribunal Supremo que su tarea será escoger cuál de estas teorías constituye la explicación más correcta o al menos aquella por la que se decanta respecto del fundamento de la tipicidad en la hipótesis de distracción de dinero. De este modo, afirma que “*de las tres posible(s) respuestas la primera es la que resulta más adecuada al derecho vigente. En efecto, la referencia al administrador... tiene especial relevancia, pues, en la mayoría de los casos, (porque) éste siempre asume su papel sobre la base de autorizaciones expresas, sobre todo cuando es un administrador de derecho*”. Esta interpretación sustituye, por tanto, la consideración de este tipo penal como uno que protegería el patrimonio administrado en las relaciones internas que se dan entre administrador y el titular del patrimonio administrado,

⁴⁵⁹ A este respecto, comenta también la sentencia que “*en el derecho comparado europeo unas legislaciones (Austria/Suiza) admiten sólo la primera respuesta, mientras que otras (Alemania desde 1933, BGBI I, 295 [297]) han configurado dos tipos penales que se apoyan en la primera y en la tercera respuesta. Si bien en todos los casos existe una defraudación de los intereses del administrado, en la práctica las respuestas conducen a configuraciones del tipo más cerradas o más abiertas*”.

por lo que la hipótesis de distracción de dinero ya no es un supuesto del tipo de la infidelidad sino un ejemplo del tipo del abuso. El fundamento para esta aseveración, la extrae la sentencia del Derecho civil porque afirma que *“tal interpretación chocaría manifiestamente con los arts. 1761, 1767 y 1753 del Código Civil y con los principios que rigen en materia de entrega de cosas fungibles. Consecuentemente, la expresión “distraer dinero” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno”*⁴⁶⁰. La sentencia va un paso más allá redefiniendo aquello que previamente había dicho con relación al caso *“Argentia Trust”* (sentencia 224/1998), afirmando que este supuesto concreto, cuando la sentencia dice que *“la distracción se produce cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto, con vocación definitiva”*, se está refiriendo al núcleo o esencia del tipo de abuso por lo que y citando nuevamente la sentencia *“cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles” se requiere que “el autor ejecute un acto de disposición sobre el (...) dinero recibido que resulte ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado”*. Esta reformulación, cambiaba por completo el panorama interpretativo, porque si el tipo penal de distracción de dinero constante en el antiguo art. 252 CP se corresponde con el tipo de abuso, mediante esta hipótesis ya no se protegería el patrimonio de los ataques en la relación interna (sin negocio jurídico) sino en la faceta externa (con negocio jurídico) de la posición jurídica entre

⁴⁶⁰ Es interesante observar como esta sentencia argumenta en torno a esta cuestión, porque continúa afirmando que *“la ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición”*, la naturaleza de la distracción de dinero está en el exceso en el uso del derecho (abuso) de aquello para lo cual está autorizado el administrador. La sentencia revela además que este ha sido el sentido primigenio de este tipo penal afirmando que *“la doctrina de principios del siglo XX ya definía el delito de administración desleal de la misma forma y en términos aplicables en el derecho vigente, diciendo que “el tipo de la administración desleal puede ser definido, de la manera más amplia posible, como [el delito que comete] todo el que por disposición de la ley o por un negocio jurídico está llamado a disponer sobre un patrimonio ajeno, (así,) será culpable de administración desleal, cuando esta disposición lesione dolosamente los derechos del titular”*. De allí que la acción típica se concebía como *“perjudicar antijurídicamente el patrimonio ajeno (...) y ello precisamente por medio del abuso de poder que le ha sido acordado”*.

administrador y titular del patrimonio administrado. Aunque no viene al caso, es preciso añadir que toda esta fundamentación le sirve a la Sala para acoger el recurso y absolver, porque se estima que el acusado actuó sin infringir los poderes encomendados. La solución puede ser muy discutible, como en efecto lo es, sin embargo, no viene al caso entrar en esta discusión (porque excedería el fin de este apartado), aquí lo importante es resaltar una idea: la interpretación del tipo de distracción de dinero en la nueva argumentación del Tribunal Supremo determina que nos encontramos ante una modalidad del tipo de abuso por lo que pudo preguntarse en su momento si a partir de esta concreta interpretación: ¿los actos desleales de administración desleal que comporten ataques y perjuicios patrimoniales contra el patrimonio administrado en la relación interna (sin negocio jurídico) eran impunes, porque tanto el antiguo art. 252 CP como el suprimido art. 295 CP, vigentes en la época, eran prohibiciones modélicas según el tipo de abuso? La respuesta es no. A continuación la argumentaremos.

6. REPERCUSIONES DE LA INTERPRETACIÓN SOBRE LA MODALIDAD DE DISTRACCIÓN DE DINERO EN LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Podríamos resumir la doctrina del Tribunal Supremo sobre la modalidad de distracción de dinero como tipo de administración desleal de patrimonio ajeno en los siguientes puntos: 1) el tipo penal de infidelidad patrimonial del antiguo art. 252 CP tuvo un primer momento interpretativo en el que se sostuvo que la finalidad típica estaba en *“proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado”* y el administrador; y, en un segundo momento (hasta la vigencia de la LO 1/2015), la jurisprudencia sostuvo que la finalidad del tipo consistía en proteger el patrimonio de los ataques que se producen en el marco de las relaciones externas que se dan entre el titular del patrimonio administrado y el administrador; 2) la consumación del delito requiere, la realización de una disposición patrimonial en la que no se evidencien razones suficientes que la

justifiquen; 3) no es necesario comprobar un concreto *animus rem sibi habendi*, porque este elemento subjetivo de la tipicidad sólo tiene fundamento en los tipos penales de apropiación; y, 4) como consecuencia de lo anterior, no se requiere verificar un enriquecimiento propio por parte del sujeto activo del delito. El art. 252 CP vigente establece que se impondrá una pena a quienes, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Dejando de lado, por el momento el origen de las facultades de administración, los elementos del delito del nuevo art. 252 CP, serían: 1) la existencia de facultades para administrar un patrimonio ajeno; 2) la infracción de aquellas facultades por medio de un exceso en el ejercicio de las mismas; y, 3) como consecuencia de lo anterior, la causación de un perjuicio al patrimonio administrado.

Observamos que los elementos de la doctrina que el Tribunal Supremo ha desarrollado respecto del antiguo art. 252 CP es plenamente trasladable respecto de lo que se deberá interpretar ahora en el nuevo texto del art. 252 CP. Porque, y esto constituye el fundamento de nuestra posición, lo que se castiga en un tipo de administración desleal genérica (y específica) de patrimonio ajeno, es el perjuicio patrimonial causado como consecuencia de la infracción de los deberes de custodia patrimonial que el administrador le debía al titular del patrimonio en relación a una causa legal. En este nivel de análisis, da lo mismo que el perjuicio se cause con motivo de la existencia de un negocio jurídico (relación externa) o no (relación interna)⁴⁶¹. Así, en ambos tipos penales, el sujeto actúa porque tiene dentro de su ámbito de organización facultades de administración del patrimonio ajeno, por esas facultades, se puede disponer del patrimonio ajeno. En el mismo sentido, por esas facultades, el administrador puede obligar al titular del patrimonio administrado.

En relación con lo anterior, en ambos tipos penales (el antiguo art. 252 CP en la modalidad de distracción de dinero y el nuevo art. 252 CP), la

⁴⁶¹ Esta idea estaba presente de manera explícita en la propuesta de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 343.

disposición patrimonial sin razones suficientes que lo justifiquen consuma el delito y no es necesario que esa disposición patrimonial repercuta de manera objetiva en un incremento patrimonial de quien tenía la custodia del patrimonio y lo perjudica infringiendo sus deberes. Se podría añadir (aunque sea discutible), que no es necesario, precisamente, porque en la idea de disposición patrimonial está por lo general, presente, el incremento patrimonial a favor o en función de alguien, que puede ser quien realiza la disposición, y en perjuicio del titular del patrimonio, configurando de este modo el tipo penal. Es decir que, aunque el incremento patrimonial o beneficio, no esté en función o a favor de quien realice la disposición, lo cierto es que la disposición patrimonial tiene un resultado de perjuicio patrimonial; la disminución patrimonial, equivale siempre a un incremento en el patrimonio de alguien: *quid pro quo*. En definitiva, lo importante es la infracción de los deberes del cargo, que produce un incremento patrimonial en el autor o un tercero, porque el aumento patrimonial está ya implícito en la disposición. Por otro lado, en los supuestos en los que se obliga infringiendo los deberes propios de tutela patrimonial, también existe un perjuicio aunque no necesariamente se asocie este hecho con un incremento patrimonial a favor de quien infringiendo sus deberes de custodia patrimonial obliga al titular del patrimonio, causando un perjuicio patrimonial en la cuantía de lo obligado al titular del patrimonio administrado y sin embargo, aquí también equivale siempre a un incremento en el patrimonio de alguien, porque por el principio de partida doble, la obligación de una persona constituye siempre el haber de otra. La obligación expresa la cuantía en que el patrimonio de una persona disminuye mientras que el activo y, por tanto, el patrimonio de otra, aumenta. Por esa razón, en ningún caso de administración desleal, se requiere para la consumación un incremento patrimonial, porque el tipo se configura en la infracción del deber que causa un perjuicio patrimonial, sin que se pueda descartar que pueda ocurrir el mentado incremento, porque es inherente a la disposición. Además, como nos encontramos en ambas modalidades frente a un tipo que protege el patrimonio y no la propiedad, el dolo requerido es el dolo típico⁴⁶², el conocimiento de los

⁴⁶² MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 267. El dolo típico es aquel que sólo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico, aquí nos referimos a este tipo de conocimiento, para

elementos típicos, y no un ánimo de apropiarse: *rem sibi habendi*, de los componentes patrimoniales, no se requiere otro elemento subjetivo, porque lo que se castiga es la infracción de los deberes inherentes y propios de custodia patrimonial. Esto significa que el dolo abarca únicamente el conocimiento de que lo que se realiza constituye una infracción del deber de protección patrimonial, derivado del deber de lealtad, que produce un perjuicio al titular del patrimonio administrado. Así, observamos que la interpretación de la antigua hipótesis es plenamente trasladable al nuevo delito y de este modo, las repercusiones son intensas.

El único punto de discusión, tiene que ver con la consideración de la modalidad de distracción de dinero como tipo de infidelidad y/o tipo de abuso; y, a su vez, trasladar este criterio interpretativo para asimilar y aceptar que el nuevo art. 252 CP, contiene también un tipo de infidelidad patrimonial y/o tipo de abuso⁴⁶³. Ya en el anterior apartado, nos hemos separado de esta posibilidad, porque a nuestro juicio, excedía el marco legal de la concreta hipótesis de distracción de dinero, afirmando que no podemos inferir que de manera exclusiva el antiguo art. 252 CP en la modalidad de distracción de dinero, protegía el patrimonio solo en las relaciones internas y/o en las externas entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. En este sentido, el antiguo art. 252 CP, contenía un delito contra el patrimonio, el de administración desleal de dinero⁴⁶⁴. El que distrajera dinero o cualquier otro activo que componga el patrimonio, que se hubiera recibido en administración por parte del titular de los mismos, debía responder por un delito de administración desleal. En este sentido, el Tribunal Supremo interpretó en un primer momento, que la modalidad de distracción de dinero era un modelo del tipo de infidelidad. Cuando afirma en la sentencia 224/1998 de 26 de febrero, que “*nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en*

simplificar la explicación, asumiendo que para imputar un comportamiento a título de dolo (condenar), se debe probar, además, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Es decir, el dolo completo.

⁴⁶³ Entendiendo que se debe escoger una sola de estas posibilidades de manera exclusiva.

⁴⁶⁴ Tipo penal que venía positivado en el tenor literal siguiente, comportamiento típico: “*distraer dinero*” o “*cualquier otro activo patrimonial (...) que se hubiere recibido en administración*”.

el llamado “tipo de infidelidad”, subsumible en el art. 252 del CP vigente como delito de apropiación indebida y en el 250.6º por la especial gravedad de la entidad del perjuicio”. Sin embargo, también es cierto que, en esta resolución, no se descarta de manera definitiva que también sean subsumibles comportamientos desleales de los administradores que ataquen las relaciones externas y de este modo, también quepa el tipo de abuso. En la sentencia 1114/2006 de 14 de noviembre, el tipo penal de la modalidad de distracción de dinero es para el Tribunal Supremo, un modelo del tipo de abuso. Toda esta cuestión tiene repercusión si es que se acepta la interpretación diferenciadora entre tipo de abuso y tipo de infidelidad (desarrollada en el ámbito de la interpretación del párrafo 266 CP alemán) en función de la protección patrimonial de las relaciones internas o externas⁴⁶⁵. Un desarrollo de esta cuestión, carece de utilidad, por la simple razón de que este tipo penal ha sido eliminado y sustituido por el nuevo art. 252 CP. En este sentido, tal y como hemos afirmado en los apartados previos, ambos tipos penales, el tipo de la infidelidad y el tipo del abuso, presuponen la existencia, entre autor y víctima, de una relación jurídica cualificada de cuidado del patrimonio ajeno. Como el tipo penal de administración desleal del art. 252 CP no realiza diferenciación alguna respecto de estas modalidades debe entenderse que en su ámbito de aplicación estarían tanto los ataques internos como los externos⁴⁶⁶. Consideramos que no se podía afirmar que en el antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero era tan sólo un tipo de infidelidad, que

⁴⁶⁵ Para nosotros, el problema estaría en ese ámbito, tal y como hemos expuesto en los apartados previos, en un error en la interpretación que condiciona las soluciones de los problemas. Entonces, sirva la reserva tan sólo para encajar la crítica a modo de prevención en el evento de que existan intentos de trasladar toda la construcción dogmática que se hizo en su momento del antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero y hacerlo sólo respecto de aquello que es permitido según el texto legal. Esta reserva incluye tomar postura respecto de aquello que se afirma en la discusión del párrafo 266 CP alemán, sobre todo porque el mismo riesgo de la interpretación sobre el nuevo art. 252 CP cabe respecto de la administración desleal alemana: que la interpretación total del párrafo 266 CP alemán se traslade sin miramientos a efectos de entender el nuevo art. 252 CP español. Por lo que, lo mismo habría que decir respecto de la interpretación del párrafo 266 CP alemán: el problema probablemente esté en la interpretación diferenciadora entre tipo de abuso y tipo de infidelidad, en función de la protección patrimonial de las relaciones internas o externas, y sería en definitiva un error en la interpretación que condiciona las soluciones de los problemas, sobre la solución, revisar en este mismo capítulo, los apartados correspondientes.

⁴⁶⁶ Por esa razón, en los apartados se ha realizado un estudio estas cuestiones.

protegía al titular del patrimonio de los ataques que se suscitaban en el ámbito de las relaciones internas respecto de los comportamientos del administrador; y, lo mismo, habría que decir respecto del tipo de abuso, porque tampoco se trataba tan solo de una modalidad del tipo de abuso que protegía al titular de patrimonio de las relaciones externas respecto de los comportamientos del administrador⁴⁶⁷. Porque como hemos afirmado antes, del texto legal no era posible extraer esa conclusión⁴⁶⁸. Así, la cuestión que se debe dilucidar y determinar, es por un lado si tiene repercusiones dogmático-prácticas importantes la diferenciación de estas modalidades típicas: tipo de infidelidad y tipo de abuso. En caso de responderse de manera afirmativa ¿cuál sería el criterio de diferenciación? Y, por último, ¿cuáles serían las mentadas repercusiones dogmático-prácticas importantes? Esto tiene especial relevancia respecto de los comportamientos desleales del órgano de administración de una persona jurídica, porque en este ámbito considero que incluso en el supuesto de que exista una posible diferenciación entre las dos modalidades de administración desleal, es irrelevante tal distinción: el tipo siempre se configura por la infracción grave de los deberes que le incumben al órgano de administración, entre los que se encuentra uno de protección patrimonial, la

⁴⁶⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 230. La doctrina analizando la sentencia afirmó que el cambio jurisprudencial es sólo aparente. Porque en esta sentencia 1114/2006 de 14 de noviembre, el presidente del banco había dispuesto de los fondos que le estaban confiados y que para “ello estaba facultado siempre que no quebrantase sus deberes de lealtad y probidad”. En su decisión el Tribunal Supremo entendió que “un acto como el relatado en la declaración de hechos probados en la sentencia recurrida... es uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina reciente denomina tipo de la infidelidad”. De este modo, se observa que la relación entre el tipo del abuso y el tipo de la infidelidad es compleja porque en principio, todo abuso de poderes otorgados es un acto de infidelidad. Si se admite que además de este supuesto puede haber otros típicamente relevantes, se requerirá admitir que la infidelidad también será de apreciar cuando el administrador se haya comportado en forma contraria a un deber general de cuidar del patrimonio administrado, ampliando considerablemente el tipo de la administración desleal. La única conclusión posible está en que el texto legal jamás delimitó el ámbito de aplicación sólo al tipo de abuso y/o sólo al tipo de infidelidad. Esta cuestión fue más bien una atribución que se tomó el juzgador, claro es de advertir que era necesario, por un lado, no dejar en la impunidad estos graves comportamientos; y, también por otro, no abrir mucho el tipo penal a tal punto que llegue a la indeterminación. Lo mejor obviamente es la positivización de un tipo bien definido y autónomo de administración desleal de patrimonio ajeno.

⁴⁶⁸ Opinamos lo mismo respecto del actual texto punitivo, las argumentaciones las hemos expuesto después de estudiar en qué consiste el tipo de abuso y en qué consiste el tipo de infidelidad patrimonial. Esto justifica el que hayamos estudiado estas cuestiones.

infracción grave que cause un perjuicio patrimonial. Esto es lo que no se refleja en la doctrina del Tribunal Supremo. Porque tanto en el caso “*Argentia Trust*”, sentencia del Tribunal Supremo 224/1998 de 26 de febrero, como en el caso de la sentencia 1114/2006 de 14 de noviembre, el supuesto de hecho hacía referencia a la posibilidad de determinar si hubo o no una infracción del deber de lealtad del administrador, en su modalidad de protección patrimonial. Y, en segundo lugar, si tal infracción tuvo como consecuencia inmediata un perjuicio patrimonial efectivo. En el primer caso la respuesta fue afirmativa para las dos preguntas. En el segundo las respuestas fueron negativas.

De este modo, nuevamente en el ámbito del vigente art. 252 CP, podemos decir que la norma no delimita en ningún momento si esa infracción se debe realizar respecto de las relaciones internas o respecto de las relaciones externas: el art. 252 CP no contiene una prohibición de causar perjuicios patrimoniales por parte del administrador de patrimonio ajeno que se entienda sólo respecto de las relaciones externas y/o sólo respecto de las relaciones internas. El tipo del art. 252 CP español, se limita a decir que: serán punibles los comportamientos de los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Por lo que, lo fundamental está en que el comportamiento que perjudica el patrimonio sólo lo puede causar quien tiene una relación jurídica respecto del titular del patrimonio, de la que derivan competencias (por ej., gestión, representación) y deberes (por ej., diligencia, control, de informarse, lealtad, secreto, etc.). Para el caso de los comportamientos desleales del órgano de administración, en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el art. 227 manda que los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. En el núm. 2 se establece que la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Por lo que se puede inferir que el legislador ha pensado que dentro del deber de lealtad existe un correlativo e intrínseco deber de

protección patrimonial. Esta deducción de un caso particular, sirve para establecer una regla general para todos los casos, porque en todos los supuestos se parte de los mismos presupuestos: a) punición de los comportamientos de quienes teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno; b) las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas; y, c) de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. En todos los supuestos de administración desleal, existe un deber de comportarse diligentemente en las tareas de administración de ese patrimonio confiado, y en relación a ese deber, surgiría otro concreto deber, que le impele al administrador a la protección, custodia y aseguramiento del patrimonio del tercero que está en su poder para la administración. De no ser esto así, no tendría sentido establecer una responsabilidad jurídico-penal al administrador de patrimonios ajenos. Y esto es obvio, porque la lealtad debida exige un comportamiento en interés del titular del patrimonio y los perjuicios patrimoniales ocasionados por un comportamiento del administrador no pueden ser sino verdaderos comportamientos que repercuten de manera negativa en el interés del titular del patrimonio y, por tanto, se trata de graves comportamientos de deslealtad. Por ejemplo, si no se está conforme con esta explicación, que a mi juicio es suficiente para justificar la incardinación del deber de protección patrimonial en el marco del cumplimiento del deber de lealtad, el legislador por si quedase algún resquicio de duda, en el inmediato posterior art. 228 TRLSC, determina cuáles son las obligaciones básicas que se derivan del deber de lealtad. Las que nos interesan al efecto son las contenidas en los apartados: a), que manda al administrador no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas (relaciones externas); e), que manda adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (reconducibles tanto a las relaciones externas como a las relaciones internas). De este modo, el ámbito normativo del deber de lealtad exigido al administrador le impele a cumplir también con un deber de protección patrimonial porque toda actuación en el marco de sus

facultades que causen perjuicio patrimonial es contraria al interés social y, por tanto, infractora del deber de lealtad⁴⁶⁹.

De toda esta argumentación, se extrae que el legislador español ha pensado que una delimitación en función ya sea del llamado tipo de abuso o del llamado tipo de la infidelidad, redundaría en una injustificada reducción del ámbito de aplicación del delito de administración desleal, precisamente porque eso no es lo importante, lo importante es observar que siempre, como consecuencia de la infracción de los deberes que le son inherentes al administrador, se produzca un perjuicio patrimonial. Esto, sin objeción alguna se puede afirmar respecto de los graves comportamientos desleales del órgano de administración, porque en este ámbito, es indiferente que nos encontremos ante un tipo de abuso o un tipo de la infidelidad, en este tipo de supuestos siempre se imputa como autor al administrador que ha infringido su deber de protección patrimonial en el marco del cumplimiento del deber de lealtad y como consecuencia de aquello se produce un resultado de perjuicio en el patrimonio social.

Tal vez, en el ámbito de los comportamientos desleales de administradores de ámbitos o patrimonios no societarios quepa la discusión porque podría argumentar alguien que los deberes de lealtad o de protección patrimonial no están escritos en el ordenamiento de referencia. Cuestión que a nuestro juicio no es necesaria, porque la norma del art. 252 CP, permite inferir que el comportamiento punible del administrador desleal, tiene relación con la infracción de las facultades de administrar ese patrimonio ajeno, y de esas facultades deriva necesariamente siempre, el deber de lealtad respecto del titular de ese patrimonio. Por esa razón se le confía el patrimonio, porque se espera que se comporte adecuadamente en la administración de este patrimonio, de manera leal y diligente. Deber bastante tenido en cuenta en el ámbito societario, y que en algunos supuestos de administración lo que sucede es que

⁴⁶⁹ En las propuestas de creación de un tipo de administración desleal de patrimonios ajenos, destaca la necesidad de configurar el tipo como de infracción de deber. Infracción del deber de protección del patrimonio ajeno. Revisar, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 400; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 343.

el ordenamiento no lo ha desarrollado del modo en que lo ha hecho en el Derecho societario⁴⁷⁰. Sin embargo, afirmamos que del tipo del art. 252 CP, se extrae que la prohibición tiene como contenido una concreta norma de determinación que se expresaría del siguiente modo: está prohibido con carácter general a todo aquel que tenga facultades de administración sobre un patrimonio ajeno, la causación de un perjuicio excediéndose en el ejercicio de aquellas⁴⁷¹. En realidad, es partir de aquí, que se puede entender que todos los supuestos de administración desleal constituyen supuestos de infracción de un deber de custodia del patrimonio que deriva de las facultades concedidas al sujeto activo del delito para gestionar y administrar el patrimonio ajeno. Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno⁴⁷². En el ámbito del art. 252 CP, sólo puede ser autor de la administración desleal genérica quien infringe el deber que le es propio de proteger el patrimonio ajeno.

Esto no equivale a no exigir que de *lege ferenda* se realice una mayor y mejor determinación del comportamiento típico, es decir, de las modalidades de administración desleal. Una solución podría ser determinar la conducta para los supuestos en los que exista negocio jurídico (tipo de abuso) acompañada de la incorporación de otro tipo penal en el que se establezcan los sujetos titulares del deber jurídico en los casos en los que no hay negocio jurídico (tipo de infidelidad)⁴⁷³. Recordemos lo afirmado previamente, la no adecuada

⁴⁷⁰ Por lo que, aunque se admita en este ámbito la posibilidad de la discusión, cuestión perfectamente posible, nuestra postura es que aquí, también se imputa al administrador por la infracción de un deber de custodia o protección patrimonial, derivado del deber que tiene todo administrador de comportarse de manera leal respecto de los intereses y finalidades que el titular del patrimonio tenga y haya demarcado.

⁴⁷¹ De esta misma norma, se infiere tal y como hemos resuelto en el capítulo correspondiente sobre el bien jurídico, que el objeto jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio del titular del patrimonio administrado.

⁴⁷² ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 387; en el mismo sentido JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791.

⁴⁷³ Precisamente, la indeterminación del tipo de administración desleal del parágrafo 266 StGB, ha supuesto la crítica más importante, porque desde esta perspectiva, se trataría de un tipo penal que contraviene la norma constitucional. Sin embargo, es importante señalar que el TC alemán ha declarado la constitucionalidad y vigencia de este tipo penal. Como señala RAMOS RUBIO, C.:

determinación del comportamiento típico podría suscitar las críticas desde la perspectiva constitucional, razón por la que nos decantamos por una interpretación histórico-normativa del tipo del art. 252 CP, que contemple aquellos aspectos que en la tradición jurídica de la administración desleal en España han existido, ya sea desde la norma positiva, como desde la interpretación jurisprudencial, por ejemplo, la determinación del sujeto activo y la concreción de los comportamientos típicos⁴⁷⁴.

«XXX. El nuevo delito..., *Ob. Cit.*, pág. 531, la labor jurisprudencial de delimitación, ha sido el fundamento para fallar a favor de la constitucionalidad del precepto en la sentencia del TC alemán de 23 de junio de 2010. Sobre esto, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática..., *Ob. Cit.*, pág. 392; sobre la crítica de su inconstitucionalidad, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario..., *Ob. Cit.*, pág. 275, quien manifiesta que, en la doctrina alemana, no faltan opiniones que consideran imposible la concreción y que, por tanto, consideran que este precepto es inconstitucional. En este sentido se ha pronunciado LABSCH, según LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, parágrafo 266, Rn. 22; sobre una fundamentación del por qué es inconstitucional el tipo penal del parágrafo 266 CP alemán, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 98. Aquí, se lo pone como ejemplo de infracción de la legalidad por indeterminación: como en el tipo de abuso de confianza de la deslealtad no se consigue la reducción interpretativa, resulta arbitrario cualquier intento de trazar límites, de modo que el precepto es inconstitucional. Por otro lado, también está la opinión de NAUCKE, W.: *El concepto de delito económico-político...*, *Ob. Cit.*, pág. 87 y ss., quien explica que la concepción de la inconstitucionalidad de este precepto se desarrolló en la década de 1920 por la redacción abierta de aquel tipo penal comparada con la actual. Señala que de vez en cuando la crítica aparece en manuales de PG, pero que sin embargo en los de la PE, ya no aparece. Y señala que la razón está en que mediante este tipo penal se permite la punición y castigo por administración desleal contra personas influyentes del ámbito económico-financiero. Entonces el parágrafo 266 StGB sirve como límite para los hechos inalcanzables cometidos por quienes detentan el poder económico. Los tribunales con gran habilidad jurídica redujeron las exigencias de certeza típica pasando de tipo *determinado* a tipo *determinable*. En este sentido, se descubrió que el tipo de administración desleal a través de la interpretación se encuentra determinado y por tanto es constitucional.

⁴⁷⁴ Revisar el capítulo sobre la tipicidad objetiva.

V. CRITERIOS TRASLADABLES A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 252 CP

De todo lo anterior se pueden extraer varias conclusiones. Una primera es que la jurisprudencia que el Tribunal Supremo español desarrolló del tipo de distracción de dinero como modelo del tipo de la infidelidad y/o tipo de abuso, no es extrapolable al ámbito de aplicación del tipo de administración desleal del art. 252 CP; no al menos desde aquella perspectiva que afirma que el tipo de la infidelidad protege al patrimonio de los ataques internos que se producen en la relación jurídica entre administrador y titular de patrimonio administrado y viceversa respecto del tipo de abuso. Una segunda conclusión en relación con la anterior, pero respecto de la doctrina alemana, sería que la discusión que en torno al parágrafo 266 CP alemán, en relación a la distinción entre las dos modalidades o tipos de la administración desleal carece de repercusiones respecto del art. 252 CP, por lo que no es extrapolable tampoco ni la discusión ni las limitaciones: el tipo penal del art. 252 CP protege, en definitiva, al patrimonio de los ataques internos y externos que se puedan dar en el marco de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado. Por lo que, en suma, nos encontramos ante un problema interpretativo que ha exagerado a tal punto su labor que se puede definir como *“refinamiento dogmático carente de significación político-criminal”*⁴⁷⁵. Una tercera conclusión, relacionada con la anterior sería que en el ámbito de los comportamientos desleales del órgano de administración es mucho más patente la irrelevancia de la distinción entre un tipo de abuso o un tipo de la infidelidad: el órgano de administración como administrador de un patrimonio ajeno, del patrimonio de la sociedad, a lo largo del tiempo en el que ejerce sus funciones, se ve afectado por un deber de protección y/o cuidado de ese patrimonio social y ajeno, un deber específico y concreto que deriva del genérico de lealtad que éste debe respecto del titular del patrimonio, la sociedad⁴⁷⁶. En definitiva, da

⁴⁷⁵ SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal de los órganos...», *Ob. Cit.*, pág. 19.

⁴⁷⁶ Toda esta explicación se observa con mayor claridad cuando nos referimos a los graves comportamientos desleales del órgano de administración de una persona jurídica, porque en este ámbito, como hemos visto, lo que realmente sucede es que se imputa jurídico-penalmente por la infracción de un deber, de un deber de custodia patrimonial que deriva de la relación jurídica

lo mismo si se infringe el deber de custodia patrimonial configurando un ataque ya sea a las relaciones internas o a las relaciones externas entre administrador y titular del patrimonio administrado, lo fundamental es que estando en posición de garante, como consecuencia de la infracción del deber o de los deberes que le son propios en su ámbito de organización, del que deriva uno de custodia patrimonial, se produce un perjuicio patrimonial.

que ha hecho surgir la obligación. Con lo que, a efectos interpretativos es irrelevante la distinción (tipo de abuso o tipo de infidelidad); porque, por un lado, excede el marco legal español: el texto punitivo no realiza tal distinción ni condiciona la punibilidad para alguna de las mentadas posibilidades; y, por otro lado, porque para el tipo de interpretación no se requiere tal esmero dogmático.

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN PENAL: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN PENAL: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

I. OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO

Para iniciar el estudio del tipo, hemos considerado oportuno referirnos a una materia de trascendental importancia y que tiene una gran repercusión sobre lo que se debe entender e interpretar respecto del tipo de administración desleal. Esta cuestión tiene que ver con las posturas que poco a poco, a lo largo de esta investigación, hemos ido asumiendo como necesarias para explicar el delito del art. 252 CP y específicamente, con la consideración del delito de administración desleal como uno de infracción de deber y en este sentido, no de dominio o de organización. Las repercusiones de esta postura serán trascendentales a la hora de interpretar el tipo en general y en concreto, respecto de los criterios de atribución en los comportamientos de varios intervinientes, porque en materia de autoría y participación las soluciones son en nuestra opinión, dogmática y metodológicamente más correctas: el administrador que ocasiona un perjuicio patrimonial como consecuencia de la infracción de los especiales deberes que le son propios y que le impelen a la protección del patrimonio ajeno, ya sea por comisión o por omisión, es siempre autor, indiferentemente de los grados o niveles de su concreta contribución al hecho⁴⁷⁷. De este modo, la repercusión a nivel particular se realiza sobre la

⁴⁷⁷ Esto es fundamental tanto a los efectos de entender adecuadamente la estructura típica del delito genérico de administración desleal en general, pero de manera particular, en lo que

autoría⁴⁷⁸ y participación en este tipo de ilícitos penales. La consideración del delito de administración desleal como uno de infracción de deber, está referido a la determinación del fundamento de la punición o fundamento normativo de la prohibición. Dicho de otro modo, se trata de responder a la cuestión de si el delito de administración desleal se erige como un límite genérico que prohíbe la configuración de daños contra terceros⁴⁷⁹ o si por el contrario es un delito en el que no sólo se exige a los destinatarios de la prohibición el cumplimiento de un deber negativo (de no dañar), sino que además, se trata de deberes que obligan al destinatario a conformar de manera completa o parcial un mundo en común, es decir: procurar el mantenimiento, aseguramiento, protección y/o

respecta a la solución de los problemas de autoría y participación cuando el sujeto activo del mismo sea el órgano de administración de una persona jurídica.

⁴⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1996, pág. 91. En este sentido, en referencia al autor típico o autor del comportamiento, existen dos formas genéricas de estructurar los tipos penales, así lo estructura este autor: a) los tipos penales que son consecuencia de una norma general, estos no contienen ninguna referencia específica al autor, por tanto, tan sólo se limitan a establecer con una fórmula neutra que autor es todo el que realiza la acción: "el que..."; y, existen, b) los tipos penales que se vinculan con normas especiales, aquellos tipos que solo pueden ser realizados por determinados sujetos, personas destinatarias de un determinado deber que impone una norma especial: el funcionario, el órgano de administración, etc.

⁴⁷⁹ En estos delitos, existen distintas formas de distribución de la responsabilidad conforme a las siguientes formas o tipos de comportamiento: a) en los delitos de propia mano, en los que el autor ejecuta el hecho por sí mismo, será siempre responsable a título de autor; y, b) en los delitos en que existen varios organizadores o intervinientes del comportamiento delictivo. En esta forma del comportamiento caben a su vez varios supuestos: coautoría, inducción, cooperación necesaria o complicidad (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 718). Lo importante en esta última forma de aparición del comportamiento delictivo consiste en mostrar que se tratan de supuestos en que existen varios partícipes, participantes o colaboradores de un mismo hecho. Aquí, todos son responsables del mismo hecho, más se reparten las consecuencias en función del aporte individual al hecho colectivo. Se trata de un único comportamiento típico, pero de varios partícipes que contribuyeron a su ejecución. En el ámbito del Derecho penal económico y del Derecho penal de la empresa, cuando nos encontremos ante supuestos de comisión de delitos de dominio (por ejemplo, para supuestos organizativos individuales especialmente pero no únicamente, blanqueo de capitales; y, para supuestos organizativos en los que intervengan varios sujetos o un sujeto colegiado, paradigmático, la estafa piramidal), y el sujeto activo sea el órgano de administración, este sujeto, responderá siempre en el marco de su concreta esfera de competencias (en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 102, aunque utiliza la expresión esfera personal. Nosotros consideramos más apropiado referirnos a esfera o ámbito de competencias, porque se podría confundir la institución órgano de administración, con la persona que ejerce la concreta función, dicho de otro modo, responde la persona no por sus propias competencias o por su propio ámbito de organización, sino precisamente por las competencias que adhiere a su organización por su estatus de administrador).

mejora de un determinado bien jurídico⁴⁸⁰. Por tanto, desde esta perspectiva, existirían dos modelos de estructuración del injusto penal y, en consecuencia, de la regulación de la autoría (y participación)⁴⁸¹, a saber: a) el modelo para los delitos de infracción de deber; y, b) el modelo para los delitos de dominio⁴⁸².

⁴⁸⁰ En estos delitos, sólo cabe fundamentar la responsabilidad a título de autor, siempre y cuando se verifique el ataque al bien jurídico con ocasión de la lesión de un deber asegurado a través de determinadas instituciones, en la infracción de un deber de carácter institucional (revisar, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 106). Pero no sólo eso, sino que precisamente en estos delitos, la concreta infracción del deber constituye el fundamento de la responsabilidad, porque se infringe el deber y se produce el ataque al bien jurídico. En los delitos de infracción de deber, en el ámbito del Derecho penal económico y del Derecho penal de la empresa, en los supuestos de intervención del órgano de administración, éste, el órgano de administración, debe estar considerado no sólo como sujeto posible, sino directa y expresamente debe ser exigido por el tipo legal. Porque de este modo, se entiende que la ley penal protege el bien jurídico, por ejemplo, patrimonio, a través del aseguramiento de una concreta institución jurídica, por ejemplo, órgano de administración, y exige de parte del destinatario de la prohibición no sólo no hacer daño sino procurar su protección. En estos concretos supuestos, la institución positiva, la institución jurídica, el órgano de administración, deposita en quien ostente la calidad de administrador un conjunto de deberes específicos y especiales que, a pesar de no estar en la concreta norma penal, el legislador, por su importancia en el andamiaje jurídico y económico, le otorga una posición relevante de protección, porque de su aseguramiento depende que en su conjunto la colectividad siga confiando en la institución. Por lo que, la realización de las funciones (revisar, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 108) que le competen tan sólo al órgano de administración y el quebrantamiento de sus deberes llevan aparejada (obviamente, la consideración de administrador y) la consecuente responsabilidad por la infracción de los deberes que le incumbían. Esto se aplica también para los tipos penales que así lo determinen. Por ejemplo, en el delito de prevaricación judicial, en el que el juez-funcionario está previamente determinado por el deber de tomar decisiones conformes al marco normativo vigente, o en el delito de cohecho en el que el funcionario público está impelido por unos concretos deberes positivos que le impiden recibir prestaciones a cambio de cumplir sus obligaciones como servidor público o lo que sería más grave, decidir o acordar actos administrativos al completo margen de la normativa que rige.

⁴⁸¹ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 718.

⁴⁸² Para LESCH, esto es en Alemania doctrina mayoritaria sea por parte de los partidarios del funcionalismo sistémico, o sea por parte de quienes apoyan el funcionalismo político-criminal: LESCH, H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Ed. Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pág. 67. En un trabajo publicado por CARO JOHN, J.: «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en <https://www.unifr.ch>, en 2003, en la nota 14 se detalla una amplia referencia de los autores alemanes que están a favor y en contra de esta forma de explicar los delitos. Además, este mismo autor, en su artículo «Sobre la autoría en el delito de infracción de deber», publicado en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, Núm. 80, 2006, pág. 95, en la nota 19, se amplía considerablemente esta lista. Por otro lado, en la doctrina de habla hispana, ya se cuentan varios adeptos: GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 41 y ss., *passim*; ABANTO VÁZQUEZ, M.: *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Ed. Palestra, Lima, 2001; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos», en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la*

Ambos modelos están legitimados y fundamentados por unos concretos deberes que necesariamente se contraponen entre sí, y que, permiten determinar el *quantum* de las responsabilidades en supuestos de varios intervinientes en un solo comportamiento típico. Esta cuestión es en general importante, porque del concreto fundamento del injusto debe surgir la fuente para la interpretación de los elementos típicos. El rendimiento de esta cuestión se verá de manera mucho más directa al determinar y explicar quién es el destinatario de la norma penal estudiada. En las próximas líneas, revisaremos las fundamentaciones y explicaremos por qué ha sido mejor determinar primeramente si nos encontramos ante un delito de infracción de deber o de dominio. En función de los presupuestos teóricos de estas categorías de la Parte General del Derecho penal, determinaremos qué tipo de prohibición es la del art. 252 CP. Para esto, debemos partir de aquello que la doctrina considera que son los delitos de dominio⁴⁸³ y los delitos de infracción de deber⁴⁸⁴ y, desde ese marco teórico,

administración pública y otros problemas actuales del derecho penal, coords. SILVA SÁNCHEZ, J., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Ed. Grijley, Lima, 2001, pág. 149 y ss.

⁴⁸³ Para JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 11, los delitos de dominio son aquellos cuyo contenido se expresa de modo negativo, es decir, aquellos en los que los ámbitos de organización deben permanecer siempre separados, por esta razón se denominan también delitos en virtud de la responsabilidad por organización. El dominio del hecho, caracteriza la autoría del autor típico, porque configura su ámbito de organización de tal modo que interfiere en la esfera de competencias de otro (que por este motivo sufre un perjuicio). En este sentido, el fundamento de la responsabilidad consiste en que se ha organizado de forma que entra en la esfera de competencias de otro. Es decir, en que la propia organización es dañina respecto de terceros. Ejemplo de los delitos de dominio del hecho o delitos en virtud de una competencia por la propia organización, son los delitos de resultado que pueden ser cometidos por cualquiera. Para, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 101, cualquiera, es quien reúna en su persona los requisitos generales mínimos para poder ser autor típico, lo que a su vez equivale a ser portador del rol de ciudadano. La idea tiene su origen en JAKOBS, G.: *La imputación objetiva...*, Ob. Cit., pág. 73 y ss. Por ejemplo, cuando la prohibición está dirigida de modo genérico contra toda persona capaz de comportarse típicamente (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791). Los delitos de homicidio, robo, hurto, etc., son especies características de este tipo de delitos. En los delitos de dominio el autor con su comportamiento amplía su ámbito de organización sin consideración de los ámbitos de organización ajenos y a costa de ellos (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 258). En estos delitos, la responsabilidad está ligada a los actos organizativos del titular del ámbito de organización (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 718), sobre cómo el sujeto administra su propio ámbito de organización, y en este sentido, responde en función de los comportamientos típicos propios, sin que quepa afirmar la vinculación del autor típico a deber jurídico positivo alguno. Hasta aquí, a grandes rasgos hemos definido qué son y como están constituidos los delitos de dominio u organización.

⁴⁸⁴ Para JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791, los delitos de infracción de deber, son aquellos cuyo contenido se expresa de modo positivo, es decir, aquellos en los que las instituciones garantizan que la superposición de ámbitos de organización, se mantengan en

explicar por qué el delito del art. 252 CP es como venimos sosteniendo uno de infracción de deber.

armonía. Estos delitos garantizan que las instituciones positivas funcionen ordenadamente, se denominan también delitos en virtud de una responsabilidad institucional. Estos delitos se explican porque en la realidad jurídica, determinadas personas tienen dentro de sus responsabilidades o su ámbito propio de organización, la protección y cuidado de un determinado bien, tienen que responder por él y no sólo no organizarse de tal modo que no produzcan daños, sino propiamente procurar una situación mejor, un beneficio, cuidado, mejora y protección del bien jurídico. En estos supuestos, la relación jurídica entre autor típico y bien jurídico es siempre directa y preestablecida, y en los casos de comportarse típicamente, se es siempre autor, sin tomar en cuenta un hacer, es decir, el autor típico será al menos autor por una omisión, pero siempre autor. Como afirma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 73 y ss., en los delitos de infracción de deber, es indiferente la distinción entre comisión y omisión, es decir, la distinción a efectos normativos pierde su sentido (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791). Porque no es trascendental un actuar o un omitir, lo importante es verificar si se infringe o no el deber, y que, a consecuencia de la infracción del deber, estando en posición de garante, se produce el resultado prohibido. Por tanto, existe responsabilidad jurídico-penal en calidad de autor por parte de quien infringió el deber que tenía entre sus competencias. De este modo, con independencia del hecho, en los delitos de infracción de deber, existe siempre una relación jurídica positiva entre el autor típico y el bien jurídico que este debe procurar cuidar. Esta relación jurídica establecida previamente de conformidad a determinados contextos regulados es lo que fundamenta la responsabilidad. En los delitos de infracción de deber no se responde por producir un ataque a un bien jurídico organizando de manera inadecuada el propio ámbito de organización, se responde por la infracción grave del deber especial del que es portador el autor típico. El estatus especial (padre, funcionario, administrador) fundamenta de modo distinto a como sucede en los deberes que incumben a todos, que en general son deberes de no lesionar. En los supuestos de delitos de infracción de deber nos encontramos ante un deber especial, cuya infracción protege también la ley penal (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 267). Ejemplo de este tipo de delitos, lo son aquellos en los que los autores típicos están obligados y de este modo, colocados en posición de garantes de la protección y tutela, institucionalmente garantizada de un bien (protección del menor y patria potestad, patrimonio social y administradores, etc.). El delito de cohecho, el delito de la prevaricación, el delito contra la administración tributaria, el delito contra la seguridad social, el delito de deslealtad de abogados y procuradores (del art. 467 CP), etc., son tipos delictivos en los que existe un deber cuya infracción fundamenta el injusto. Lo característico de estos tipos penales es que el cumplimiento del deber afecta sólo a las personas que ostentan un determinado rol o función, en atención a una determinada institución, por lo que, quienes no se encuentren vinculadas a ese concreto deber, no responden como autores, sino a lo sumo como partícipes (revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 718).

II. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

En lo que sigue, dada la cercana fecha de la reforma del art. 252 CP, debemos acudir a las tesis formuladas en relación al suprimido art. 295 CP. Sin embargo, considero que a los efectos de la investigación en nada repercute esta consideración, por dos razones. Primeramente, porque en uno como en otro tipo penal, a nuestro juicio, la tipicidad es alcanzada cuando se verifica la causación de un perjuicio patrimonial por parte de la persona a quien el titular del patrimonio concedió facultades de administración, por lo que los dos tipos serían delitos de infracción de deber: la esencia típica está en la infracción del deber de protección del patrimonio ajeno. En segundo lugar, si se concretan los problemas de administración desleal que se ciernen alrededor de los comportamientos graves de administración desleal del órgano de administración, se podría afirmar que, la crítica a la postura propuesta podría verse afectada o renovada en los términos en los que estas posturas criticaron la posibilidad de explicar el suprimido art. 295 CP, por lo que un análisis de estas posturas es una cuestión obligada.

1. ¿ES REALMENTE EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL UN DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER?

1.1. EXPOSICIÓN DE LAS DIFERENTES POSTURAS

MAYO CALDERÓN⁴⁸⁵, rechazando la categoría de los delitos de infracción de deber, explica que el fundamento está en el dominio social,

⁴⁸⁵ Hemos decidido comentar la opinión de esta autora, porque la crítica la realiza en el ámbito del delito de administración desleal, cf., MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, Ob. Cit., pág. 264. Su crítica en general apunta hacia una deslegitimación de la categoría de los delitos de infracción de deber. En la nota 170, se detallan varios autores que estarían a favor de esta postura. Sin embargo, debemos recordar que en el ámbito de la doctrina general del Derecho penal en España la discusión es (por utilizar un adjetivo calificativo menos grave) simplemente intensa (porque en Alemania es doctrina muy aceptada, LESCH, H.: *Intervención delictiva...*, Ob. Cit., pág. 67, lo corrobora también, PEÑARANDA RAMOS, E.: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, Ed. B d F, dir. ROBLES PLANAS,

entendido como la posibilidad de ejercicio del dominio del hecho. En este sentido, el delito de administración desleal sería un delito de dominio social⁴⁸⁶.

Buenos Aires Montevideo, 2014, pág. 7). Consultar, entre otros, ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 226 y ss., 241 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 31 y ss., 121-124 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, V.: «La “actuación por otro” y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en *Estudios penales en Homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 421 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Los delitos especiales*, Ed. Edisofer, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, pág. 182 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, E.: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *LH a GIMBERNAT ORDEIG, E.*, Ed. Edisofer, t. II, Madrid, 2008, pág. 1419 y ss. Pero, sobre todo, revisar la importante contribución a la cuestión en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014. Este libro recoge el debate que sobre la cuestión se ha planteado, aunque es notorio que la mayoría doctrinal se suma a la crítica de los delitos de infracción de deber, entonces, más que un debate, podría incluirse como subtítulo: estudio crítico de los denominados delitos de infracción de deber, porque los cinco autores, en sus trabajos: PEÑARANDA RAMOS, E.: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», RIGGI, E., ROBLES PLANAS, R.: «El extraño art. 65.3 del Código penal», GÓMEZ MARTÍN, V.: «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español», RUEDA MARTÍN, M.: «La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código penal», realizan una crítica desde diferentes puntos de vista sobre la forma de explicar (sin hacer referencia al sistema de) los delitos, al que alude la teoría de los delitos de infracción de deber. La crítica podría resumirse y expresarse así: el fundamento de la teoría de los delitos de infracción de deber, las instituciones positivas, constituye en sí una construcción dogmática insegura y que no tiene relación con el Derecho penal (pág. 14, 52-53, 62-67, 133-138, 251-252). Derivado de esto, si el fundamento de los delitos de infracción de deber son las instituciones positivas y el fundamento de los delitos de dominio u organización es la institución negativa, ya no se podría estructurar un concepto unitario de autor, sino propiamente uno vinculado a la infracción del respectivo deber. Estas críticas, en general, recaen sobre el trabajo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J: *Delitos de infracción...*, Ob. Cit., quien también participa en este “debate”, con dos contribuciones: «Delito de infracción de deber» y «Réplica». En este último, en la réplica, demuestra que en general, las objeciones que se realizan carecen de fundamentación, y afirma en la pág. 435, que “hemos de estar con ROXIN: en ambos casos -en el autor del delito de dominio del hecho y el del delito de infracción de deber- se trata de la figura central del hecho, del personaje o protagonista del mismo, y la distinción de criterios para llegar a él no impide éste supraconcepto” de autor. Sobre la crítica en general, afirma que la misma “se puede y debe esgrimir -siempre- cuando en un sistema, que pretenda serlo, se producen excepciones porque el mismo no está en condiciones de cubrir todos los supuestos”, porque “un sistema no conoce excepciones”. Si el reproche (crítica) no tiene relación con el sistema (porque en efecto, las críticas jamás han cuestionado el sistema, sino que han partido de la imposibilidad de ser aceptada la categoría de los delitos de infracción de deber desde el propio sistema que cada autor utiliza y considera como adecuado para explicar la autoría y participación) entonces, la utilización de un sistema en el que “existan, según se trate de deberes positivos o negativos, distintas formas de determinar la autoría, pero todas intrasistémicas”, el reproche carece de contenido y debe ser superada la crítica. Sobre las otras críticas, que se relacionan más bien, con problemas de autoría y participación, consideramos que este no es el sitio de análisis. Sin embargo, expresamos que nuestra postura es acoger las distintas soluciones también en este ámbito.

⁴⁸⁶ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, Ob. Cit., pág. 266-267. En este sentido, el elemento del abuso del cargo (exceso en el ejercicio de las funciones) describe la posición de dominio del ámbito de protección de la norma de que goza el administrador. Los administradores ostentan el dominio social, que se define como la posibilidad normativa de

MAYO CALDERÓN sostiene que la categoría de los delitos de infracción de deber es rechazable como forma general de explicar los delitos⁴⁸⁷, y señala que para un sector de la doctrina este delito, el de administración desleal, es uno de infracción de deber⁴⁸⁸, porque se piensa que cualquier deber fundamenta el tipo, y cita entre otros autores a VALLE MUÑIZ⁴⁸⁹, para quien el requisito esencial de la relevancia penal de los comportamientos de administración desleal (societaria), será la violación o quebrantamiento de los deberes del cargo por el que se ostenta la administración de los bienes (sociales). Sin embargo, esto no equivale a sostener que el delito de administración desleal sea uno de infracción de deber, lo que aquí se dice es que el vehículo comisivo es la infracción del deber, una cosa sustancialmente distinta. Si el vehículo comisivo

ejercicio del dominio del hecho. Esta autora parte de la posición de GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, I, Teoría General, Zaragoza, 1985, pág. 332 y ss., 356 y ss.

⁴⁸⁷ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *Ob. Cit.*, pág. 266.

⁴⁸⁸ Aquí lo importante será resaltar en primer lugar que es bastante discutible rechazar una categoría sin alegar los motivos, sin embargo, es de mucha utilidad para mostrar que la cuestión reviste más un problema metodológico que de fundamentos; por otro lado, también se puede afirmar que la confusión se da porque no se entiende bien cómo opera el sistema teórico de los delitos de dominio y de infracción de deber, porque en general se los confunde con la clasificación entre delitos comunes y especiales. Esta cuestión ha sido apuntada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, *Ob. Cit.*, pág. 153 y ss. Este autor señala que, en lo que respecta a la categoría de los delitos especiales, un sector representativo de la doctrina señala que la distinción entre delitos comunes y delitos especiales tiene un carácter formal que carece de relación con el fundamento del injusto, esto viene de la constatación de que existen delitos especiales de dominio y delitos especiales de infracción de un deber. La cuestión a desentrañar y mostrar es que la división clasificatoria entre delitos comunes y delitos especiales, es precisamente eso, una clasificación de los tipos penales en función de si se requiere una determinada cualificación para ser autor, en este primer caso nos encontramos ante delitos especiales y en este sentido, el círculo de posibles autores se reduce; si no se requiere de una concreta cualificación más allá de la capacidad de acción, se trataría de delitos comunes.

⁴⁸⁹ Pero, aunque se diga que VALLE MUÑIZ defiende esta tesis, para nosotros, es dudosa esta aseveración. Este autor, VALLE MUÑIZ, J.: «De los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, quinta edición, pág. 919, sostiene que el requisito esencial de la relevancia penal de los comportamientos de administración desleal (societaria), será la violación o quebrantamiento de los deberes del cargo por el que se ostenta la administración de los bienes (sociales). Agrega VALLE MUÑIZ que tan sólo la infracción de los deberes inherentes a una leal administración podrá tornar típica la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad y, a la vista del tenor del tipo de administración desleal, esta infracción de los deberes de lealtad deberá materializarse en los actos típicos de abuso de funciones. Recordemos que, como la discusión se centraba en torno al suprimido art. 295 CP, la referida materialización del abuso de las funciones estaba relacionada a las hipótesis que contenía el tipo de administración desleal societaria: disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta.

es la infracción del deber, pero lo que fundamenta la administración desleal es el acto de abuso, lo que se dice es que lo importante está en el abuso, y de este modo, se trataría de un delito de dominio. Por tanto, hay posturas que afirman directamente⁴⁹⁰ que se trata de un delito de dominio y otras que lo hacen de manera indirecta⁴⁹¹. En este sentido, para GARCÍA CAVERO⁴⁹², el suprimido art. 295 CP, contenía sólo el tipo de abuso, por esta razón, el fundamento del ilícito penal, no sería un deber de carácter extrapenal, sino un deber general⁴⁹³. En general, el fundamento de estas posturas, que afirman que nos encontramos ante un delito de dominio, se encuentra en la interpretación que se realizó del elemento que exigiría para ambas modalidades del comportamiento típico, el abuso de las funciones propias del cargo. Para MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, este elemento constituía el específico desvalor de acción que caracterizaba al delito de administración desleal del órgano de administración, y desde esta perspectiva, el modelo que habría seguido el legislador español para su redacción habría sido el tipo de abuso del parágrafo 266 del CP alemán. De este modo, por ser prototipo del tipo de abuso, por requerir el concreto abuso de las funciones propias del cargo y no la concreta infracción del deber de lealtad, de fidelidad, el tipo sería uno de dominio (y no de infracción del específico deber del administrador), que consistiría en la no evitación de ciertos riesgos no permitidos provenientes de la esfera de organización del sujeto activo⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *Ob. Cit.*, pág. 266-267.

⁴⁹¹ VALLE MUÑOZ, J.: «De los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, quinta edición, pág. 919.

⁴⁹² GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 244.

⁴⁹³ En sentido similar, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 275; en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 64 y ss., para quien como el delito contenido en el suprimido art. 295 se identificaba con el tipo de abuso del delito alemán de la Untreue, que constituye un delito de dominio, y no con el de la ruptura de la lealtad, que contiene un puro delito de infracción de un deber, debe ser configurado como un delito de dominio. De este modo, rechaza este autor la configuración del art. 295 como genuino delito basado en la infracción de un específico deber extrapenal institucional que vincule dos esferas diferentes de organización (la del administrador con el patrimonio de la sociedad) y considera que no se trata de un delito de dominio común, sino de un delito de dominio *particularizado*, dado que se construye como un delito especial propio, en el que la punibilidad de la conducta se basa en la especial posición de proximidad del administrador con respecto al bien jurídico protegido. Una posición en todo caso, discutible.

⁴⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 64-65.

Frente a las tesis expuestas, otros autores defienden⁴⁹⁵ que el delito de administración desleal lo es de infracción de deber⁴⁹⁶. En efecto, se sostuvo que, en el delito de administración desleal del órgano de administración, se contenían dos tipos penales diferenciados⁴⁹⁷, de forma similar a la

⁴⁹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 234, quien de manera categórica señala que el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber y, consecuentemente, la autoría y la participación se rige por la reglas de la infracción del deber y no por las de los delitos de dominio; BACIGALUPO SAGESSE, S.: «Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1 extraordinario, 2000, Madrid, pág. 353; en el mismo sentido, aunque en otro contexto, BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 103 y ss., sostiene que no parece que sea posible, negar que la infracción del deber del funcionario o del administrador forma parte del bien jurídico de estos delitos y que no es fácil separar conceptualmente el deber del bien jurídico y sigue, el bien jurídico de los delitos de funcionario no se agota en la protección de objetos materiales, sino en el cumplimiento del deber mismo, las mismas consideraciones se podrían hacer respecto del delito de administración desleal; sostiene que es un delito de infracción de deber, también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida...», Ob. Cit., pág. 1207 y ss.; en la doctrina alemana respecto del parágrafo 266 CP alemán, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 214, aquí la define como la punición de un determinado deber extrapenal, en la pág. 338, ya definiéndolo como delito de infracción de deber porque en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio ajeno; también, ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho...*, Ob. Cit. pág. 387, de manera más patente: únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal del § 266 StGB aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe; en el mismo sentido, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791, quien señala que también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo y se denominan delitos de infracción de deber. En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesorio, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido. Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien. Por ejemplo, el tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal, aun cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción. Para los mencionados garantes, incluso los delitos comisibles por cual quiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de una autoría más amplia; en la pág. 995, de manera directa se afirma que este ámbito, sobre todo tiene importancia práctica el deber de cuidar del patrimonio (ajeno) en relación con la administración desleal.

⁴⁹⁶ Sin mencionarlo de manera expresa, se puede afirmar que de la argumentación que realizan, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 81 y ss., se trata de un delito de infracción de deber.

⁴⁹⁷ En este sentido, se manifestó también, CHOCLÁN MONTALVO, J.: «Acerca de la mal llamada...», Ob. Cit., pág. 1 y ss., en el mismo sentido, cuando afirmó que el delito de administración desleal, siguiendo los modelos del Derecho europeo, tiene dos alternativas típicas: el tipo del abuso y el

interpretación que por la doctrina alemana se realiza del parágrafo 266 StGB. Por un lado, el tipo de abuso contenido en la hipótesis de la contracción de obligaciones y, por otro lado, el tipo de deslealtad, en la disposición fraudulenta de bienes. La primera sería un delito de dominio y la segunda de infracción de deber⁴⁹⁸. Pero, realmente, en ambos, el perjuicio patrimonial se realiza por un comportamiento de quien tiene el deber de custodia patrimonial: el administrador y no otra persona, aunque otros puedan ejecutar el hecho de propia mano e incluso participar en aquél, es siempre el administrador el que con su comportamiento (infracción del o de los deberes que le son inherentes respecto de la protección del bien jurídico) y, sólo por eso, se produce el resultado prohibido.

Por nuestra parte, diremos, que lo fundamental a los efectos de determinar si un tipo penal en concreto es un delito de dominio o de infracción de deber, no es únicamente una cuestión referida a los medios que se utilizan para perpetrar el hecho (por ejemplo, la infracción de los deberes inherentes al cargo) o un concreto problema de autoría⁴⁹⁹ y participación, sino propiamente que nos encontramos ante una cuestión referida a la fundamentación del ilícito penal⁵⁰⁰. Al menos es desde esta sistemática de la que nosotros partimos. De estas concretas formas de construir el injusto se derivan a su vez caracteres

tipo de la infidelidad. El art. 295 aludía a la primera modalidad típica cuando se refiere a la acción de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, y al tipo de la infidelidad cuando tipifica la disposición fraudulenta de los bienes de la misma. Y, aunque no se desarrolló en función de la teoría de los delitos de infracción de deber, si se asevera que el delito de administración desleal societaria, se fundamenta en la lesión de un deber jurídico de cuidado de un patrimonio quebrantando la confianza depositada en el administrador.

⁴⁹⁸ En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 244, pero sólo para el parágrafo 266 CP alemán.

⁴⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva...», *Ob. Cit.*, pág. 16. No se trata de un mero problema de autoría y participación, sino que tiene que ver con el fundamento último del injusto penal y las razones por las que se imputa el hecho típico a un sujeto.

⁵⁰⁰ Es aquí, donde surge la dificultad para entender el discurso que alrededor de los delitos de infracción de deber y de los delitos de dominio se ha forjado. La cuestión de fondo es reconocer que existen dos modelos para construir un injusto penal e imputar el hecho descrito en la norma: a) ya sea a partir de la propia libertad organizativa; o, b) a partir de la existencia de posiciones jurídicas que obligan a organizarse de forma solidaria con otros ámbitos de organización. Revisar, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, *Ob. Cit.*, pág. 27 y ss. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva...», *Ob. Cit.*, pág. 17.

específicos para resolver los problemas de autoría y participación y no al revés⁵⁰¹. Cuando se mantiene que la administración desleal es un delito de dominio, supone configurarlo como de abuso olvidando la infidelidad. Pero, entendemos que, indiferentemente de la modalidad de ataque al patrimonio, ya sea mediante las relaciones internas (tipo de infidelidad) o mediante las relaciones externas (tipo de abuso), la administración desleal siempre se configura como la infracción del deber de protección patrimonial, cuya infracción produce el resultado de perjuicio al patrimonio administrado⁵⁰². El perjuicio patrimonial se realiza por un comportamiento de quien tiene el deber de custodia patrimonial: el administrador y no de otra persona, por lo que, siempre será responsable el administrador porque la infracción del o de los deberes que tiene a su cargo, constituye la explicación normativa del resultado prohibido.

1.2. ¿POR QUÉ EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL NO ES UN DELITO DE DOMINIO?

La postura que se sigue en este trabajo sostiene que las normas penales del Derecho penal económico entre las que cabe contar al art. 252 del CP vigente, que tipifica la administración desleal, cumplen las mismas funciones que cualquier otra norma penal⁵⁰³, por lo que las categorías e instituciones que se han desarrollado para solucionar los supuestos tradicionales en los delitos originarios o primigenios, deben ser aplicadas del mismo modo en este sector de la ley penal, en definitiva, que su tratamiento quede sometido a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal⁵⁰⁴. Además, hay que reconocer

⁵⁰¹ Esta forma de resolver el problema del fundamento del injusto y derivar luego de esta constatación la forma de distribuir las responsabilidades considero que es metodológicamente más correcta, sistemáticamente más ordenada y jurídicamente más previsible y segura.

⁵⁰² Revisar acerca de estas cuestiones, en el capítulo previo.

⁵⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Las exigencias dogmáticas...», *Ob. Cit.*, pág. 356. Para este autor, los conceptos fundamentales de la Parte General del Derecho penal siguen siendo adecuados e irrenunciables para el tratamiento de los nuevos comportamientos establecidos en los tipos penales.

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 157.

que habrá que partir de la existencia de deberes de organizarse sin perjudicar ilegítimamente a terceros y, en otras ocasiones, de la existencia de deberes positivos en los que no sólo se prohíbe no lesionar, sino también contribuir a la mejora de un determinado bien jurídico⁵⁰⁵.

La constatación de la existencia de delitos de dominio y delitos de infracción de deber, no es propiamente una clasificación de los tipos en función de quien puede ser autor típico, esto es una consecuencia de aquello. La constatación de la existencia de delitos de dominio y delitos de infracción de deber, es una cuestión de la fundamentación del injusto. Se trata de averiguar si una persona se encuentra relacionada con un determinado bien jurídico de forma positiva o si por el contrario se encuentra vinculado de manera negativa. En el primer caso, nos encontraremos ante los delitos de infracción de deber, en el segundo ante delitos de dominio. El fundamento de los primeros lo constituyen determinados deberes positivos que surgen de la protección de instituciones positivas, el fundamento de los segundos se asienta en el deber negativo de no dañar. Esto quiere decir que la existencia de delitos de infracción de deber y de delitos de dominio, en teoría, en nada entorpece la cuestión sobre la clasificación de los tipos en función de las concretas cualificaciones especiales que el tipo requiere en unos casos y en otros no⁵⁰⁶.

En el apartado correspondiente del capítulo anterior, habíamos afirmado ya que en el ámbito de la discusión sobre las modalidades típicas del parágrafo 266 CP alemán, ambos tipos penales: el tipo de la infidelidad y el

⁵⁰⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva...», *Ob. Cit.*, pág. 8. Para este autor, en general, pero especialmente en el ámbito del Derecho Penal económico, se debe tener en cuenta de partida si nos encontramos ante tipos que parten de una posición jurídica de la que se derivan deberes de no lesionar o “*respetar*” otros ámbitos de organización o, excediendo el alcance de dichos deberes que se suelen denominar como negativos, el sustrato sobre el que se actúa es una posición jurídica de la que se deriva la obligación de actuaciones positivas en beneficio de otros ámbitos de organización (individuos, sociedades mercantiles, Administración Pública, etc.) o, al menos, deberes más estrechos de colaboración que el mero respeto a otras esferas. En este sentido, no se puede dejar de tener presente que las prohibiciones penales están relacionadas con la regulación previa del orden primario correspondiente.

⁵⁰⁶ Esta nueva forma de pensar la estructura de los tipos y su concreta legitimación, servirá para reordenar e interpretar las cuestiones que en su momento se han construido en materia de autoría y participación tan sólo atendiendo a un criterio formal (delitos comunes y especiales) y no a uno material, como correctamente se debe hacer (delitos de dominio e infracción de deber).

tipo del abuso, a partir de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, presuponen la existencia entre autor y víctima, de una relación jurídica cualificada de cuidado del patrimonio ajeno⁵⁰⁷. Señalábamos que en general, el problema de la interpretación de las dos modalidades de administración desleal es en sí un problema de la interpretación de cómo están relacionadas sistemáticamente estas modalidades de conducta o lo que es lo mismo, un problema acerca de la determinación de cuál es el ámbito de aplicación de cada una de ellas. Pero para nosotros, indiferentemente de que esto sea un problema cuya solución se requiere, habíamos detectado que tal vez la dificultad interpretativa se daba no por una dificultad dogmática para diferenciar materialmente las distintas modalidades de administración desleal, sino precisamente, por la metodología que la doctrina ha utilizado para realizar tal diferenciación. Una metodología sobre la diferenciación o sobre las pautas de diferenciación que ha sido sin reparos aceptada por todo aquel que intenta o quiere realizar un comentario dogmático sobre el parágrafo 266 CP alemán: tipo de abuso, ataques patrimoniales desde las relaciones externas y tipo de infidelidad, ataques patrimoniales desde las relaciones internas; sin que se sepa qué significa o qué repercusiones tiene cada forma de ataque, para resolver o determinar cuál es el fundamento del tipo. De este modo, la forma de interpretación o las pautas directrices básicas de la interpretación habían condicionado el ámbito de la discusión y los posteriores aportes que sobre la cuestión se discuten.

En efecto, la polémica doctrinal puede ser superada mediante el uso de los actuales instrumentos metódicos, sin que se mantengan ninguna de las teorías en juego: la teoría dualista (doctrina minoritaria) o la teoría monista (doctrina mayoritaria)⁵⁰⁸. Desde esta perspectiva, ambos tipos delictivos

⁵⁰⁷ Con una argumentación muy cercana a la expuesta, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 56 y ss., sostienen que la definición del deber de custodia patrimonial sirve tanto para determinar el autor idóneo como la conducta típica, tanto para el tipo de abuso como para el de infidelidad (pág. 63), por lo que, en ambas modalidades típicas se trata del mismo deber referido a los mismos intereses patrimoniales.

⁵⁰⁸ Para forjar nuestra postura, tomamos como punto de partida, la opinión de SCHÜNEMANN. Esto nos sirvió para argumentar cómo se debe *de-construir* la tradicional interpretación y también, para mostrar cómo se debe *re-construir* la nueva postura sobre la administración desleal. Esto da como resultado la necesaria consideración de este delito como delito de infracción de deber y no de dominio, en contra de los resultados a los que llega este importante autor.

tendrían la misma estructura típica básica. Para elaborar nuestra postura, tomamos como punto de partida metodológico, la opinión de SCHÜNEMANN⁵⁰⁹. Recordemos que, a su juicio, los elementos centrales de la administración desleal serían: el “*dominio*” sobre el patrimonio ajeno y el ejercicio no permitido de este poder jurídico que realiza el administrador en contra del titular del patrimonio, y sólo se diferencian en el modo del ejercicio del dominio: en el caso del tipo de abuso hay negocio jurídico y en el caso del tipo de deslealtad no; sin embargo, destaca siempre la existencia del dominio del autor del comportamiento sobre el resultado. Señala que el error de la dogmática sobre la interpretación del parágrafo 266 CP alemán, consiste en que se consideró que la característica del tipo de deslealtad consistía en la infracción de los deberes de lealtad en la relación interna, mientras que en el tipo de abuso la infracción se halla en la relación externa. Pero lo que sucede en realidad, es que en ambos tipos se castiga la lesión del patrimonio ajeno por medio del ejercicio de una posición de dominio⁵¹⁰.

Como es fácilmente deducible, para esta postura y para todas las que de aquí en general surgen, la idea de dominio es fundamental, porque este autor parte de un entendimiento del comportamiento típico no en relación a la infracción del deber como lo característico y relevante del tipo, sino que el dominio que el sujeto activo tiene respecto del bien jurídico es lo que, según esta postura, lo torna especialmente característico: el dominio es la esencia típica⁵¹¹. Sin embargo, tal y como se desprende de la evidencia y de la

⁵⁰⁹ No se debe perder de vista que la opinión de SCHÜNEMANN, es importante o nos interesa tan sólo por la metodología que emplea para salir al paso de las teorías dualista o monista de la administración desleal. Una solución que es indiscutible. Sin embargo, no compartimos ni el punto de partida ni las conclusiones. Sólo compartimos la metodología utilizada para resolver el problema.

⁵¹⁰ SCHÜNEMANN, B.: *Leipziger Kommentar*, núm. 19 y 20, pág. 30-31. Citado textualmente, por MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *Ob. Cit.*, pág. 21.

⁵¹¹ A partir de aquí, nos separamos de la postura de SCHÜNEMANN. La que en general no se entiende, porque este autor asegura que, para los comportamientos de administración desleal de los administradores sociales, siempre se verifica la existencia de un deber de custodia patrimonial, cuya infracción configura el tipo. Revisar, SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 24. En este sentido, según este autor, la teoría que da autonomía al tipo del abuso, no juega un papel decisivo en la administración desleal de los órganos societarios dado que, tomando como base el sentido más amplio de la expresión *órgano societario*, el

construcción que al respecto estamos realizando, el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber: ya sea que se trate del tipo de abuso o del tipo de la infidelidad, la tipicidad se configura porque el autor del delito, el administrador, ha infringido su deber de custodia patrimonial. Infringe el deber y se produce el resultado prohibido, indiferentemente de que exista negocio jurídico, por eso, lo determinante no es observar si el hecho se enmarca como un ataque en el ámbito de las relaciones externas o internas, sino observar que siempre una administración desleal se produce porque el autor del delito ha quebrantado el especial deber de protección del patrimonio que por las facultades de administración otorgadas le incumbía. La consecuencia de esta consideración también equivale a sostener que la administración desleal no experimenta cambio cualitativo alguno por la falta de carácter común de la ejecución externa de la acción, pues el sentido de la acción, el aporte personal de la conducta de cooperar, en la que se basa la distinción de las formas de participación, resulta únicamente de la vulneración del vínculo de lealtad⁵¹². El núcleo de la tipicidad es la infracción del deber⁵¹³, todos los demás elementos de la estructura típica dependerán de esta consideración; el abuso es tan sólo una forma en la que se expresa o se manifiesta la infracción del deber. Se infringe el deber de custodia patrimonial excediéndose o abusando en el ejercicio de las facultades que como administrador ostentaba. Lo mismo sucede respecto de la participación, si se infringe el deber se responde como autor, aunque tan sólo se coopere⁵¹⁴.

De conformidad a lo establecido en el art. 252 CP, el administrador de patrimonios ajenos o el órgano de administración en los supuestos en los que

administrador de un patrimonio ajeno a lo largo del tiempo se ve afectado, evidentemente, por un deber de cuidado del patrimonio ajeno.

⁵¹² ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho...*, Ob. Cit., pág. 389.

⁵¹³ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791.

⁵¹⁴ Para BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 234, esta consideración es importante observarla y tenerla en cuenta porque en la administración desleal, usualmente hay varios intervinientes por lo que se deben aplicar al caso las reglas de la participación criminal, teniendo en cuenta que el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber, consecuentemente, la autoría y la participación se rige por la reglas de la infracción del deber y no por las de los delitos de dominio. En todo caso el punto de partida es claro: el deber de lealtad administrativa incumbe a todos los administradores en forma individual.

el titular del patrimonio ajeno sea una persona jurídica, no es un sujeto cualquiera en el ordenamiento económico en general, ni siquiera es un sujeto cualquiera dentro del ámbito normativo institucional societario y no societario, en el sentido de que sus deberes se refieran a tan sólo no dañar a los demás, como el que es exigido a un ciudadano (esto sirve también para los demás supuestos no específicamente societarios), sino que su puesto, rol o función dentro del ámbito societario o de relación, le impone precisamente un concreto deber especial de fomento y ayuda respecto de los bienes que se le han encomendado proteger en el concreto ejercicio de sus funciones, razón por la que no nos encontramos frente a un delito de dominio, sino ante uno de infracción de deber⁵¹⁵.

En relación a la doctrina que afirma que la administración desleal es un delito de dominio, afirmamos que si se hace depender el comportamiento típico desplegado en el dominio (por ej., en el abuso) y no en la infracción del deber, esto es sólo en apariencia, porque en los delitos de infracción de deber aunque quien infringe el deber tenga a su vez el dominio fáctico o dominio de hecho sobre el (fundamento del) resultado, la imputación se realiza no porque se haya realizado de manera inmediata el ataque al bien jurídico que provoca el resultado prohibido, sino precisamente porque ha infringido su deber de protección respecto del bien jurídico, un deber que existe antes del dominio y que configura la esencia de la tipicidad⁵¹⁶. Esta consideración repercute

⁵¹⁵ Esto es lo que constituye el fundamento del tipo de administración desleal y, por tanto, lo que lo convierte en un delito de infracción de deber.

⁵¹⁶ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 791. Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien. Por ejemplo, el tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal (*Untreue*), aun cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción. Para los mencionados garantes, incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de una autoría más amplia; en contra de esta posibilidad, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 156, lo expresa en relación al parágrafo 266 CP alemán y le sirve de sustento respecto del ordenamiento español, señalando que resulta discutible que el delito de la *Untreue* sea catalogable bajo la calificación de delito de infracción del deber, especialmente, en cuanto al tipo de abuso se refiere, pues éste exige como conducta, además de la mera infracción del deber de lealtad, la realización de actos de disposición o de contracción de obligaciones que, además, como ya se ha dicho, debe producir un resultado lesivo para el patrimonio administrado. De este modo, no bastará para ser autor

también y es apreciable de mejor manera, respecto de los supuestos de administración desleal del órgano de administración de una persona jurídica⁵¹⁷, porque aquí no existe duda normativa alguna de que quien tiene en su ámbito de organización facultades de administración o gestión del patrimonio social es quien también tiene el deber de lealtad respecto del titular del patrimonio, respecto de la sociedad. De este deber de lealtad que el órgano de administración tiene respecto de la sociedad a su vez se deriva el deber de protección patrimonial, porque no se entiende sino como enmarcado en la lealtad la protección del patrimonio administrado, toda vez que si surge un perjuicio en el marco de sus funciones no dudaríamos en afirmar que el administrador no se ha comportado lealmente, sino que ha infringido su especial deber de lealtad.

Aunque el abuso de las funciones sea un carácter importante de este tipo de delitos porque resulta que quien perjudica el patrimonio ajeno, tiene en su ámbito de organización facultades de administración, gestión, representación sobre ese patrimonio conferido por el titular, entonces, su comportamiento se realiza abusando o lo que es lo mismo “*mal usando*” en el sentido de excederse o alejarse de aquello para lo cual se le autorizó. Se trata de una desnaturalización de la función encomendada: gestión leal o administración leal del patrimonio ajeno. Sin embargo, esto no es lo que caracteriza la esencia típica, porque abusa o se excede únicamente quien tiene encomendadas facultades de administración, y el abuso o exceso en el ejercicio de las funciones, es relevante respecto de la administración desleal, porque equivale a la infracción del deber de protección patrimonial. No es punible en

con la mera infracción del deber, siendo además necesario como criterio de imputación al autor la realización de los actos productores de tal daño. Revisar también pág. 146 y ss.

⁵¹⁷ Recordemos nuevamente que para SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 24, la teoría que da autonomía al tipo del abuso, no juega un papel decisivo en la administración desleal societaria, porque en estos casos, el administrador de un patrimonio ajeno a lo largo del tiempo se ve afectado por un deber de cuidado del patrimonio ajeno. Aquí hay que decir que este autor piensa que, en los supuestos no específicamente societarios, el tipo de abuso tiene autonomía respecto del tipo de infidelidad. Obviamente, esto es criticable desde la re-normativización de la idea de dominio tal y como proponemos en el texto. Un delito de infracción de deber siempre será de infracción de deber, aunque se esconda en una terminología que aparente su naturaleza en el dominio. Lo mismo cabe respecto de los delitos de dominio.

sí el abuso o exceso, es punible la infracción del deber de proteger el patrimonio ajeno, que el sujeto activo del delito, el administrador, ataca porque se excede en el ejercicio de sus competencias. Por tanto, el delito de administración desleal del art. 252 CP es un delito de infracción de deber⁵¹⁸.

Además, recordemos que si se quiere hacer depender el núcleo de la tipicidad en el dominio (y no en la infracción del deber), tendríamos resultados prácticos poco convincentes y al menos discutibles⁵¹⁹. Porque si se quisiera requerir para la autoría, junto a la infracción del deber, además el dominio del

⁵¹⁸ BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, pág. 20. Estos autores destacan que el carácter común de los delitos de “empresa” es que son delitos de infracción de deber. Nótese que la utilización del término “empresa”, no es una cuestión antojadiza. Porque lo que quieren denotar es que, aunque la formulación de los tipos no sea en estricto sentido, como un delito que proteja una institución positiva (como en los casos de los delitos societarios) cuando se trate de supuestos en los que por no respetar la institución se configure la tipicidad, nos encontramos ante delitos de infracción de deber. El art. 252 CP no es el caso, porque indiferentemente de que su formulación no señala el ámbito societario, es indiscutible que en el ámbito de aplicación de la administración desleal se encuentran los supuestos del órgano de administración de una sociedad. Por lo que, llegar a la conclusión de que en estos supuestos nos encontramos también ante un delito de infracción de deber es mucho más simple. Lo accesorio sigue a lo principal.

⁵¹⁹ Recordemos que, si se quiere salvar la construcción, considero que el problema está en la terminología y no en los fundamentos porque si se infiere que la posición de dominio es un estado resultante de la concreta posición jurídica, no existiría inconvenientes también en afirmar que cuando se dice posición de dominio lo que realmente se está diciendo o refiriendo es la posición, rol o función jurídica que el sujeto tiene respecto del bien jurídico. Desde esta perspectiva, el administrador está en una posición de dominio o posición jurídica tal que debe respecto del titular del patrimonio administrado unos determinados deberes, entre los que destaca el deber de lealtad del que deriva el de protección patrimonial: un administrador leal es aquel que en definitiva también procura la protección del patrimonio administrado frente a cualquier tipo de decisión o situación jurídica. Por tanto, una re-normativización del término *dominio* nos permite descubrir que, aunque la verdadera naturaleza del tipo penal se pueda esconder, mediante el uso de determinados términos que nos puedan hacer dudar, esto es sólo *prima* y aparente *facie*, porque da lo mismo la forma en que se quiera expresar una determinada relación jurídica, aquella siempre será lo que es y no lo que en apariencia parece ser. Esta cuestión cobra mucha nitidez ahora, luego de haber desarrollado los presupuestos que llevan a considerar si nos encontramos ante un tipo de infracción de deber o ante uno de dominio, porque esta no es una cuestión terminológica o formal (delito común o delito especial). En este ámbito, nos encontramos ante un problema de fundamentación del injusto, con repercusiones lógico-jurídicas trascendentales porque lo uno es lo que lo otro no es. Obviamente, preferible será siempre utilizar términos y expresiones que no generen confusión más aun en este ámbito, en el de la administración desleal, en el que sí nos encontramos ante un delito de infracción de deber, la construcción por coherencia sistemática no exige dominio del hecho, porque se imputa por infringir el deber, aunque en concreto quien tiene el deber también ejecute el hecho de propia mano.

hecho, los partícipes del delito, se dividirían en dos grupos de diversa naturaleza, a saber: a) determinados autores con dominio y deber; y, b) obligados en relación al deber de lealtad y sin dominio del hecho. La primera repercusión dogmática sería la supresión de un concepto unívoco y unitario de autor en los delitos de infracción de deber. La repercusión práctica nos conduciría a un resultado rechazable: no existiría autoría si el ejecutor se comportó sin incumbirle el deber de lealtad y el obligado permaneció en un segundo plano. Por ejemplo, si pensamos en un administrador único que, por ejemplo, desde Ecuador le pide a un *extraneus* que haga desaparecer el dinero, el sujeto agente no podría ser autor de administración desleal por falta del deber de lealtad, mientras que el administrador tampoco podría responder por falta de dominio del hecho⁵²⁰. Si se acepta que se trata de un delito de infracción de deber, el administrador responde como autor, porque el dinero desaparece, en todo caso, como consecuencia de la infracción del deber penal de protección patrimonial, infringido en el instante en que se realiza la operación⁵²¹.

2. CONCRECIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL Y DE SU INFRACCIÓN

En el delito de administración desleal, el deber se podría expresar y concretar en el de protección respecto del patrimonio ajeno, y que, en el ámbito societario, está directamente establecido respecto del patrimonio de la sociedad, del que es sujeto obligado, el órgano de administración. Un deber que le exige comportarse de tal manera que no sólo no debe causar daños en el patrimonio administrado, sino que además debe procurar una mejora, cuidado y protección especial del mismo. Pero podría preguntarse, ¿de dónde surge, se

⁵²⁰ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho...*, Ob. Cit., pág. 389.

⁵²¹ El partícipe debe responder a los efectos del art. 65.3 CP. Podría discutirse el momento en que se infringe el deber de protección patrimonial, derivado del de lealtad, y afirmarse que desde el momento en que solicita al *extraneus* la participación, ya se ha infringido el mismo. Y sería correcto. Sin embargo, a efectos jurídico-penales, es relevante desde que se ocasiona o se causa un perjuicio patrimonial. Por tanto, el deber de custodia o protección del patrimonio relevante para la imputación penal se infringe cuando se hacen desaparecer los bienes.

desprende o se deriva este concreto deber penal de protección patrimonial? En efecto, si se entiende⁵²², que la imputación penal no se relaciona con la acción u omisión, sino más bien con el mantenimiento o no por parte del sujeto activo de los deberes inherentes a su rol, un rol basado en la institución negativa del *neminem laedere*, o en roles positivos, como en los supuestos de administración desleal, lo importante será determinar ante qué tipo de deberes nos encontramos en cada delito. En el caso de la administración desleal, se observa que el administrador tiene un deber positivo de cuidado del patrimonio administrado, deber que se cumple en el marco de las competencias asignadas⁵²³, que como hemos señalado, quebrantan un deber positivo cuya configuración normativa pertenece a otro sector del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir, que, en el caso de la administración desleal, la ley penal está relacionada con una configuración normativa de otro sector del ordenamiento jurídico. Es decir que la situación normativa de la administración desleal tiene dos niveles diferenciados e intrínsecamente relacionados.

En primer lugar, este deber penal de protección patrimonial del administrador respecto del patrimonio ajeno está contenido y/o se deriva de la ley penal, del art. 252 CP, y de él, debemos extraer o rastrear su origen y contenido. En efecto, en este tipo penal se establece que será punible la conducta de aquel que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, ocasione un perjuicio económico como consecuencia de la infracción de las facultades concedidas excediéndose en el ejercicio de aquellas. Por lo que,

⁵²² JAÉN VALLEJO, M.: «La administración desleal como delito de infracción de deber», en *Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 11, junio 2010, pág. 59-60. Para esta postura, la sociedad no es un simple conjunto de individuos que organizan las condiciones de la vida en común y que se relacionan entre sí por medio de acciones que operan causalmente sobre cosas o sobre personas, según lo denominó VON IHERING. Esta concepción era el fundamento del sistema que ha dominado la interpretación hasta hace poco tiempo, sistema penal elaborado por VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Valleta, Buenos Aires, 2007, pág. 365, para quien, en la sociedad en la que vivimos, la acción es expresión de la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria de un cambio en el mundo externo, sino que, como afirma LUHMANN, N.: *La sociedad de la sociedad*, Ed. Herder, 2007, trad. TORRES, J., México, 2007, pág. 40, viene constituida por la comunicación y la atribución de sentido.

⁵²³ Precisamente, por esta razón, se puede decir que nos encontramos ante un delito de institución o de infracción de deber. Revisar, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 30 y ss. Quien, desarrolla la idea de los delitos de institución.

desde el mismo tipo penal se desprende que quien tiene facultades de administración de un determinado patrimonio, tiene también no sólo un deber negativo de no dañar el patrimonio ajeno, deber que por regla general le compete cumplir a todo ciudadano⁵²⁴, sino que además, en su concreto ámbito de relación, al administrador, le corresponde respecto del patrimonio gestionado o administrado, un deber de protección patrimonial cuya infracción lo convierte en responsable de un delito de administración desleal en calidad de autor.

En segundo lugar, este deber surge de la relación jurídica que origina la entrega y recepción de las facultades de administración respecto del patrimonio ajeno. El tipo penal del art. 252 CP, determina que ésta relación jurídica puede proceder de la ley, puede ser encomendada por alguna autoridad o también pueden ser asumidas mediante un negocio jurídico. Aquí, lo importante no es realizar un estudio particularizado de cada una de estas opciones jurídicas que hacen surgir la relación jurídica entre el administrador y el titular del patrimonio administrado, sino destacar que precisamente, en el ámbito de esta relación jurídica, se otorgan facultades de administración o gestión del patrimonio ajeno y junto a esas facultades, derivan también unos concretos deberes y obligaciones, respecto del titular del patrimonio. En el ámbito del art. 252 CP, el deber lo es respecto de la protección patrimonial. En el caso concreto, referidas a normas civiles o societario-mercantiles. Por lo que, se puede afirmar que el núcleo del deber de protección patrimonial se encuentra en las relaciones normativas previas que existen entre administrador y titular del patrimonio administrado. Y estas relaciones jurídicas tienen como fundamento genérico el deber de lealtad que el administrador debe procurar respecto del titular del patrimonio administrado.

Tanto es así que el legislador en el preámbulo de la LO 1/2015 ha dejado señalado que lo que busca el tipo penal del art. 252 CP es entre otros extremos, que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un

⁵²⁴ Ningún ciudadano por regla general está autorizado a causar perjuicios patrimoniales en patrimonios ajenos.

ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante en interés de su administrado.

Si se observa con detenimiento, el tipo penal del art. 252 CP contiene en sí el deber de protección patrimonial, pero como hemos afirmado antes, este deber surge junto con las facultades de gestión del patrimonio ajeno de la relación jurídica existente entre administrador y titular de patrimonio administrado. Esto es válido para todo tipo de gestión de patrimonio ajeno incluida la de los supuestos en los que interviene el órgano de administración de una persona jurídica. Sin embargo, en este último ámbito, la institución de los “*administradores*”, se encuentra altamente regulada y normativizada por lo que las facultades, obligaciones y deberes del administrador en este ámbito nos permiten observar con mayor precisión de dónde surge o deriva el concreto deber de protección patrimonial. En los demás grupos de supuestos no es que no suceda lo mismo, lo que ocurre es que son sectores del ordenamiento con un desarrollo normativo genérico o cuyas relaciones no requieren una especial determinación casuística de los límites a los cuáles se encuentra sometida la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado. El Código civil y sus reglas de responsabilidad contractual y extracontractual son un ejemplo. La idea que proponemos radica en entender que aun a pesar de esta no detallada regulación, los criterios que se establezcan respecto de la administración desleal del órgano de administración son plenamente extrapolables para solucionar los demás grupos de supuestos, con las limitaciones fáctico-normativas propias de los concretos supuestos. Así, dejando de lado esta cuestión, se puede afirmar que el deber de protección patrimonial cuya infracción es punible de conformidad con el art. 252 CP, deriva de modo genérico de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado y se concreta a partir del deber de lealtad que el administrador tiene respecto del titular del patrimonio administrado. Esto se observa con mucha mayor claridad en los supuestos de administración desleal del órgano de administración porque en este ámbito, el órgano de administración se encuentra obligado de conformidad con la normativa del ámbito de relación, en concreto el TRLSC, a cumplir con un deber de lealtad

respecto de la sociedad. Resulta, por tanto, necesario aproximarnos brevemente a los límites y contornos que se han establecido en torno al deber de lealtad.

2.2. EL DEBER DE LEALTAD

Ante la ausencia de un reconocimiento expreso en el ordenamiento español de la institución jurídica denominada deber de lealtad, la doctrina a partir de determinadas relaciones jurídicas, desarrolló una construcción dogmática que explica el sentido normativo de este concreto deber. El primero de estos intentos se establece en función de la relación contractual de la que se señala surge un deber de lealtad contractual, aplicable al tratamiento general de la regulación de los contratos. Por este deber se exige que las partes realicen de manera leal los comportamientos que atañen a la relación contractual en todas sus fases⁵²⁵. Como afirma BETTI⁵²⁶, *“por el solo hecho de existir una relación de obligación, una parte entra en contacto con la esfera jurídica de otra y tiene la posibilidad de perjudicarla”*. El deber de lealtad contractual se concreta en la buena fe contractual que, en palabras de este autor, debe entenderse *“como fidelidad a un acuerdo concluido, como compromiso en el cumplimiento de una expectativa ajena. Es esencialmente fidelidad y compromiso de cooperación”*.

En la medida de lo amplio (y poco determinado) del ámbito de aplicación de la exigencia del deber de lealtad contractual, la doctrina configuró un entendimiento más estricto del mismo en función de aquello que se espera de un concreto obligado en unas determinadas relaciones jurídicas, en relación a la confianza que se entrega⁵²⁷. La confianza es entendida como una especial particularidad de estas relaciones jurídicas entre las que cabe citar:

⁵²⁵ RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis doctoral inédita, UAB, 2004, pág. 213.

⁵²⁶ BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, traducción y notas de derecho español por DE LOS MOZOS, J., Madrid, 1969, pág. 110 y ss.

⁵²⁷ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Tratado de derecho mercantil*, Obligaciones y contratos mercantiles, Ed. Revista de Derecho Mercantil, t. III, vol. I, Madrid, 1964, pág. 542.

el mandato, la comisión, el depósito, etc. En este sentido, coincidente con lo que previamente hemos señalado, se intenta explicar el contenido del deber de lealtad en función de la existencia de un elemento psicológico⁵²⁸, denominado “*confianza*”, según el cual, para el perfeccionamiento del negocio jurídico, es necesaria la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte. Esta idea traería como consecuencia entender que el deber de lealtad tiene como contenido normativo la protección de la confianza, lo que tal y como hemos anticipado, debe ser rechazado por cuanto la confianza no es más que un supuesto de hecho que explica el origen y extinción de una relación jurídica mas no constituye el contenido normativo del deber de lealtad.

Esto se explica del siguiente modo: el ordenamiento jurídico español reconoce y garantiza el desistimiento unilateral o la revocación de determinados actos jurídicos cuando la confianza haya desaparecido; por ejemplo, en la institución jurídica del mandato arts. 1732 y 1733 CC, en el depósito art. 1766 CC, mediante la revocación del nombramiento de los administradores art. 223.1 TRLSC, etc., sin que se exija para estas acciones la infracción del deber de lealtad y las desfavorables consecuencias que esto acarrearía (revisar art. 227 TRLSC), sino tan sólo la quiebra de la confianza. La pérdida de la convicción que sobre determinadas cualidades se posee respecto de la otra parte o de alguno de los intervinientes de la relación jurídica.

Por nuestra parte, consideramos junto con RIBAS FERRER, que el deber de lealtad surge como un recurso del ordenamiento jurídico, dirigido hacia la protección del principal en caso de producirse un conflicto de interés en el ámbito de las relaciones de administración y gestión⁵²⁹, entre éste y su gestor. Antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, mediante la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, al no existir una previsión general que lo fundamentara, el soporte normativo⁵³⁰ lo constituía el principio de buena fe y,

⁵²⁸ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pág. 16. Este autor señala que la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones.

⁵²⁹ RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio...*, Ob. Cit., pág. 293.

⁵³⁰ LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, segunda edición 1994, cuarta reimpresión, Barcelona, 2010, pág. 410 y ss. Según este autor, el desarrollo del Derecho no deja

el deber de diligencia era su cauce normativo legal, de conformidad a los arts. 225 y 226 TRLSC. Ahora, el art. 227 de la Ley de Sociedades de Capital, establece expresamente que los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe en el mejor interés de la sociedad. Además, agrega la referida norma que la infracción del deber de lealtad, hará surgir no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Con lo que, en los supuestos de administración desleal, realmente nos encontramos ante graves infracciones del deber de lealtad en relación con la custodia y protección del patrimonio administrado. Estos deberes y su grave infracción deberán informar la interpretación jurídico-penal, porque de lo contrario estaríamos dejando de lado la verdadera naturaleza de este grupo de supuestos.

Esta concreta mención en el Preámbulo que repercute respecto de todo administrador de cualquier patrimonio, hace importante el estudio de las normas de la realidad societaria. ¿Cabría preguntar si el contenido del deber de lealtad se corresponde para todos los casos con lo regulado en la normativa mercantil? Considero que el núcleo del deber de lealtad es el mismo en todos los casos, el desarrollo normativo que de éste deber se realiza en el ámbito societario no debe llevarnos a la confusión de lo contrario. Tampoco debe llevarnos a la conclusión de que todo aquello que se establece respecto del deber de lealtad en el ámbito societario repercute inmediatamente en el ámbito jurídico de las relaciones entre administrador y titular de patrimonio ajeno no específicamente societario. Lo que se afirma es que es preciso realizar un estudio de estas relaciones normativas para extraer conclusiones que sean aplicables al ámbito de todos los comportamientos desleales de un administrador, indiferentemente de que se trate de un patrimonio individual o social, para lograr una adecuada fundamentación del injusto en el delito de

de estar en estricta consonancia con los principios generales del orden jurídico y con el orden de valores constitucionales; en la medida en que sólo puede justificarse por esa consonancia. En efecto, es un desarrollo del Derecho *extra legem*, en la medida en que se realiza al margen de la regulación legal de la institución, y sin embargo es de carácter *intra ius*, dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base.

administración desleal. De esta forma el deber de lealtad se debe interpretar de acuerdo a normas de Derecho privado.

Sobre esta última idea, en el ámbito de la administración de sociedades, la diligencia está relacionada con la obligación general del órgano de administración, de realizar la administración o gestión en función del objeto y fin social⁵³¹. El deber de lealtad y el deber de diligencia conforman las dos categorías de deberes de conducta del administrador⁵³². Aún a pesar de esta diferenciación conceptual, antes de la Ley 31/2014, el ordenamiento tan sólo había previsto que el deber de diligencia fuera el cauce normativo sobre el cual se manifiesta el deber de lealtad⁵³³. Ahora la situación normativa ha cambiado, para bien y en concordancia con la doctrina más moderna sobre la materia. Por lo que podemos referirnos a un deber general de diligencia y a dos deberes de diligencia en sentido estricto: el deber de cuidado y el deber de lealtad⁵³⁴. Estos dos deberes, están referidos a la exigencia de actuar en interés del principal. Se diferencian por las funciones que desempeñan: el deber de cuidado promueve los fines económicos de la relación jurídica⁵³⁵; el deber de lealtad protege al principal en los supuestos de conflictos de intereses⁵³⁶.

Recordemos que antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, mediante la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, al no existir una previsión general que fundamente el deber de lealtad, el soporte normativo lo constituía el principio de buena fe y, el deber de diligencia era su cauce normativo legal, de conformidad a los arts. 225 y 226 TRLSC. En lo que respecta a la buena fe, debemos decir que se trata de un principio general, aplicable a las relaciones

⁵³¹ RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio...*, Ob. Cit., pág. 306.

⁵³² LLEBOT MAJO, J.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 32.

⁵³³ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: *La responsabilidad civil de los administradores*, Ed. Universidad de Valladolid, primera edición 1985, primera reimpresión 1989, pág. 201 y ss. Para este autor, el legislador ha establecido un modelo de diligencia, denominado de la lealtad o fidelidad, en el que normativamente la lealtad aparece como un tipo abstracto de la diligencia.

⁵³⁴ RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio...*, Ob. Cit., pág. 307.

⁵³⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 165, ss.

⁵³⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 201, ss.

jurídico-patrimoniales, exigible tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones⁵³⁷. En este sentido, las obligaciones de los administradores deben estar informadas también por el principio de buena fe, mas no en su sentido subjetivo⁵³⁸, entendido como predisposición cognoscitiva del órgano de administración que consista en desconocimiento del perjuicio del interés del principal tutelado por el Derecho⁵³⁹. Lo que conduce a afirmar el fundamento de la exigencia de cumplimiento de la buena fe por parte de los administradores, en el sentido objetivo de la buena fe, concebida como norma o modelo de conducta que exige actuar de una forma determinada⁵⁴⁰. Lo mismo rige en lo que respecta al deber de diligencia, es decir una determinación objetiva desde el principio de buena fe⁵⁴¹. La diligencia es la conducta que una persona está obligada a llevar en una situación jurídica⁵⁴² específica, como en la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado. La buena fe desempeña una función normativa, y en este sentido establece el contenido de lo que no ha regulado el legislador⁵⁴³. Por esta función del principio general, se puede llegar al contenido mínimo de los deberes de diligencia y lealtad⁵⁴⁴.

En este sentido, la buena fe exige al administrador, deudor de la prestación, hacer aquello que ha incorporado a su propio ámbito de organización. La buena fe a través de la diligencia sirve a la función de la integración de la obligación en general y a través de la lealtad, se integran los aspectos de la obligación relativos al conflicto de interés, que pueden surgir entre el titular del patrimonio administrado y el administrador como gestor de

⁵³⁷ GONZALEZ PEREZ, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Ed. Civitas, segunda edición, Madrid, 1989, pág. 22.

⁵³⁸ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Ed. Civitas, cuarta edición, Madrid, 1993, pág. 51.

⁵³⁹ RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio...*, Ob. Cit., pág. 294.

⁵⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil...*, Ob. Cit., pág. 51.

⁵⁴¹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil...*, Ob. Cit., pág. 51 y ss.

⁵⁴² RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio...*, Ob. Cit., pág. 296.

⁵⁴³ RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio...*, Ob. Cit., pág. 297.

⁵⁴⁴ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil...*, Ob. Cit., pág. 335 y ss.

aquel. Con lo que se cierra el círculo de relaciones jurídicas: hacia afuera, la diligencia; hacia adentro: la lealtad. Por lo que no resulta extraño definir al deber de lealtad como manifestación del deber de buena fe dirigida a proteger al principal de las actuaciones interesadas del administrador, de intereses ajenos.

Toda esta argumentación puede ser sintetizada afirmando que el deber de lealtad surge como un recurso del ordenamiento jurídico, dirigido hacia la protección del principal en caso de producirse un conflicto de interés en el ámbito de las relaciones de administración y gestión, entre éste y su gestor. El art. 227 de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁴⁵, establece expresamente que los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe en el mejor interés de la sociedad, una prescripción que coincide con lo que el legislador ha pensado para la administración desleal, porque lo se puede afirmar que es una referencia que repercute respecto de todo administrador de cualquier patrimonio. En este sentido, la diligencia y la lealtad se convierten en los rasgos esenciales del patrón de conducta que deberá seguir un administrador para hacerlo correctamente, es decir, en el marco de la ley. En el límite inferior, está el principio de buena fe, como norma o modelo de conducta que exige actuar de una forma determinada y no de otra al administrador. En el límite superior, el deber general de diligencia. Cuyo cumplimiento se desdobra en dos deberes: el deber de cuidado (diligencia en sentido estricto) y el deber de lealtad. Estos dos deberes, están referidos a la exigencia de actuar en interés del principal. La diligencia en sentido estricto procura promover los fines económicos de la relación jurídica. La lealtad protege al titular del patrimonio administrado en los supuestos de conflictos de intereses. Por lo que no resulta extraño o difícil de aceptar que, en este ámbito, en el del deber de lealtad, se inserta un deber de lealtad patrimonial respecto del patrimonio administrado. En los supuestos de administración desleal, realmente nos encontramos ante graves infracciones

⁵⁴⁵ "Artículo 227 Deber de lealtad. 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador."

del deber de lealtad en relación con la custodia y protección del patrimonio administrado.

2.3. EL DEBER DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL

Todas estas pautas normativas son perfectamente trasladables al ámbito de la administración desleal. Porque el art. 252 CP hace punibles las graves infracciones del deber de lealtad. La obligación del administrador incluye desempeñar su cargo respetando el deber de lealtad al que se encuentra sometida su actuación. Es decir, sin usar de manera inadecuada las concretas facultades o potestades de gestión o lo que es lo mismo, de manera contraria a la finalidad por la cual ha sido designado (y él aceptado) el cargo o función que lleva aparejado entre otros extremos, el poder de disposición y en este sentido, la gestión sobre el patrimonio ajeno que le ha sido confiado. Esto es lo que interesa al ámbito jurídico penal respecto del deber de lealtad. Porque su deber de lealtad le exige al administrador, actuar en defensa del interés del titular del patrimonio, cumpliendo los deberes que la ley y en su caso, los estatutos determinen. Obviamente, dependiendo del tipo de titular del patrimonio (sociedad o persona física) que se trate así como de sus concretos fines u objeto social, se deberán determinar los deberes positivos; sin embargo, en general, el administrador, tiene el deber de aconsejar, asesorar, analizar los riesgos, subsanar anomalías, impedir irregularidades, operar de buena fe, poner en conocimiento de sus superiores situaciones dudosas, vigilar los giros o actos de la sociedad, etc., les es exigido un comportamiento de ayuda y fomento respecto del patrimonio ajeno⁵⁴⁶, es decir el patrimonio social⁵⁴⁷ o individual. Desde esta perspectiva, quien tiene un deber positivo respecto de un bien ajeno, tiene dos opciones: o bien observa el deber y adecúa su conducta de tal modo que se puede decir que el administrador ha cumplido con las funciones que le

⁵⁴⁶ SÁNCHEZ-VERA, J.: «Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 1211.

⁵⁴⁷ Recordemos que para nosotros el concepto de patrimonio admisible es el concepto jurídico-económico. Revisar en el apartado correspondiente del capítulo sobre el bien jurídico, el concepto de patrimonio que aquí se maneja.

eran exigidas o simplemente, no lo cumple y así, se puede afirmar que ha infringido los deberes que le eran inherentes a su rol o función social, con indiferencia de que el hecho objetivamente le pertenezca a otro, y se pueda sostener que la acción del administrador, mediante la infracción del deber, sea tan sólo una ayuda, permiso, no limitación, etc., del acto del tercero, el acto del administrador constituye un incumplimiento del deber que le era exigible y, por tanto, debe responder como autor directamente⁵⁴⁸. Estamos ante un delito de infracción de deber y el sujeto activo, será siempre autor⁵⁴⁹. El obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como autor de un delito de infracción de deber, es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante con o sin dominio del hecho, un omitente o simplemente, las fuerzas de la naturaleza: el obligado siempre responde como autor⁵⁵⁰, el incumplimiento del deber lo convierte siempre en el centro del ataque al bien jurídico⁵⁵¹.

El fundamento de este delito será la violación o quebrantamiento de los deberes del cargo por el que se ostenta la administración de los bienes de otro. Así, de manera gráfica y lógica, se podría expresar que existe un deber de lealtad previsto en la normativa extrapenal que da lugar en el ámbito jurídico-penal a un deber de ayuda y fomento del bien jurídico (deber positivo)

⁵⁴⁸ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho...*, Ob. Cit., pág. 385 y ss., 434 y ss.; JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., 2/17, 29/106, 29/112; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios...*, pág. 372 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 183 y ss.

⁵⁴⁹ Paradigmático en este punto el texto del art. 176 CP, un delito de infracción de deber positivado: "*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos*". Los artículos anteriores regulan la prohibición de la tortura, en el sentido que se apunta en la investigación y se quiere resaltar, se es autor porque se ha infringido gravemente el deber y no porque se tenga dominio funcional o social del hecho.

⁵⁵⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 183.

⁵⁵¹ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho...*, Ob. Cit., pág. 385 y ss., 434 y ss.; JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., 2/17, 29/106, 29/112; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios...*, pág. 372 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 183 y ss. Recordemos que, el núcleo, la esencia de la construcción típica es precisamente la infracción del concreto deber que tiene el órgano de administración de salvaguardar el interés patrimonial ajeno, y no como se sostiene por un sector de la doctrina, el abuso o exceso en el ejercicio de las funciones propias del cargo, por esta razón, se puede sostener que el delito de administración desleal del órgano de administración de conformidad con el art. 252 CP, es un delito de infracción de deber.

denominado deber de protección patrimonial. Este deber positivo, incluye a su vez, el deber de no realizar actos que lesionen el patrimonio (*neminem laedere*). Sin embargo, el administrador no sólo está compelido por el deber genérico de no causar con su organización efectos dañosos contra el patrimonio confiado (deber negativo), sino que estará obligado a actuar de tal modo que eso signifique ayuda y fomento del bien jurídico que se le ha confiado, el patrimonio (deber positivo).

Con ello, se subraya correctamente la esencia de la figura: la deslealtad en la administración del patrimonio (sea este societario o no)⁵⁵². No se trata de que, de un deber de ayuda o de fomento respecto del bien jurídico ajeno se derive la prohibición del art. 252 CP, de lo que se trata en general es de observar que en los delitos de infracción de deber cuyo fundamento está en la protección de unas concretas instituciones, la protección se realiza mediante unos también concretos y muy determinados deberes positivos que la doctrina suele denominarlos de ayuda o fomento respecto del bien jurídico. En el ámbito del delito de administración desleal, este deber positivo de ayuda y fomento respecto del bien jurídico se denomina deber de protección patrimonial y busca garantizar que las relaciones entre administradores y los titulares de los patrimonios administrados, se realicen en el marco de los límites normativos previamente establecidos para a su vez, en determinados casos, de manera mediata, garantizar el correcto funcionamiento de las sociedades de manera particular y en general, de la economía.

Revisemos un poco esta cuestión ¿Por qué se puede afirmar que el núcleo, la esencia típica es la infracción del concreto deber que tiene el administrador (p. ej., el órgano de administración) de salvaguardar el interés patrimonial ajeno? Discursivamente vamos a tomar como ejemplo, el caso de la protección del interés patrimonial de la sociedad. En este sentido, para responder a esta cuestión hay que dejar sentado que nosotros partimos de una

⁵⁵² QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, Ob. Cit., pág. 917 y 919. El art. 252 CP contiene también, una amenaza de pena contra determinados comportamientos desleales o infieles de los administradores de sociedades mercantiles que pudieran amenazar los intereses económicos del patrimonio social.

interpretación funcional y normativa de la realidad societaria, de la sociedad⁵⁵³. Desde esta perspectiva, la sociedad no es un conjunto de activos que se deben proteger⁵⁵⁴, tampoco es un grupo de personas físicas que realizan determinadas tareas para cumplir con un objetivo prefijado. La sociedad ante todo es una persona en el sentido de conjunto de derechos, obligaciones y deberes, que tiene una determinada función y que actúa en sociedad. Sin embargo, siendo esencial este elemento, no agota la esencia de la sociedad⁵⁵⁵: el fundamento de la actuación social se encuentra en el aspecto organizativo de la entidad y no sólo en su personalidad jurídica⁵⁵⁶. De este modo, la persona jurídica como un concreto ámbito de organización entrega o deposita en otra persona jurídica o física, con otro ámbito de organización plenamente diferenciado, la confianza para que, en su nombre y representación, gestione los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen. Esta es la naturaleza de la relación jurídica entre sociedad y órgano de administración: una relación de confianza que en general se regula por las normas de la ley de sociedades de capital⁵⁵⁷. Desde

⁵⁵³ BAJO, M., BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., pág. 586. Para quienes, cualquier enfrentamiento hermenéutico con el precepto debe de girar sobre la idea central de un ente organizado con *participación de modo permanente en el mercado*. Idea que parece hacer referencia a la teoría de los actos en masa del concepto del Derecho mercantil que presupone una realidad empresarial subyacente o repetición de actos mercantiles.

⁵⁵⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, Ob. Cit., pág. 552.

⁵⁵⁵ Revisar sobre esta cuestión con ulteriores citas de la doctrina, QUESADA SÁNCHEZ, A.: *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, Málaga, 2003, pág. 18 y ss. En el estudio de la sociedad civil se pueden distinguir: a) la vertiente contractual; y, b) la vertiente organizativa en dicho contrato. En este sentido, lo importante es resaltar que la sociedad tiene dos aspectos relevantes: la configuración de la sociedad como contrato y, el ámbito organizativo de la sociedad que existe indiferentemente exista o no persona jurídica.

⁵⁵⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 132.

⁵⁵⁷ Esta es una cuestión que tiene de fondo, la naturaleza jurídica de la relación que existe entre órgano de administración y sociedad. Existen dos posturas para explicar esta relación, ya sea a partir de la teoría del mandato o a partir del carácter autónomo de la relación jurídica, y en este sentido su carácter propio orgánico-societario de la relación. La primera construcción civilista esencialmente, hace depender la interpretación de las normas que estructuran la institución: administración societaria, de la teoría del contrato. La segunda refiere que la naturaleza jurídica se encuentra propiamente en la normativa societaria (mercantil) que sobre la institución se ha establecido, de este modo existiría independencia interpretativa respecto de la teoría de los contratos. A favor de la primera postura por ejemplo: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *InDret*, marzo de 2002, pág. 2; VALMAÑA CABANES, A.: *Las acciones contra la sociedad y su administrador*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 69. A favor de la responsabilidad autónoma y orgánica del órgano de

esta perspectiva, la relación jurídica entre administrador y titular de patrimonios ajenos, es equivalente en todos los supuestos: se trata de una relación jurídica en la que la persona (física o jurídica) como un concreto ámbito de organización (ajeno y divergente) entrega o deposita en otra persona (física o jurídica), con otro ámbito de organización plenamente diferenciado, la confianza para que en su nombre y representación, gestione los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen.

Es preciso aclarar que el deber de protección patrimonial debe diferenciarse de la relación jurídica de confianza. Así, deber tutelar no es lo mismo que gozar de confianza, por lo que el deber de lealtad, del cual deriva el deber de protección patrimonial, pertenece a un plano jurídico distinto que la existencia fáctica de confianza⁵⁵⁸. La confianza no es más que un supuesto de hecho que explica el origen y extinción de una relación jurídica (mandato, comisión, etc.) mas no constituye el contenido normativo del deber de lealtad. No es más que un elemento psicológico normativizado, según el cual, para el perfeccionamiento del negocio jurídico, es necesaria la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte⁵⁵⁹. La situación de confianza no se protege en sí como fin, sino como medio, en su referencia patrimonial, en la medida que “*la quiebra de confianza*”, operada a través de la infracción del deber de lealtad representa la forma de ataque al bien jurídico protegido⁵⁶⁰. Esto nos obliga a rechazar la opción de considerar al vínculo o relación de fidelidad como objeto jurídico de protección en el delito de administración desleal⁵⁶¹, como infracción del deber de lealtad, así como entender que la infracción de

administración: GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 374; ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital», en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, dir. BOLAS, Estudios de Derecho Judicial, 2000; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

⁵⁵⁸ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», en *Revista Penal*, núm. 23, enero de 2009, pág. 140.

⁵⁵⁹ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios fiduciarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 16.

⁵⁶⁰ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 32.

⁵⁶¹ En el capítulo sobre el bien jurídico se argumentará sobre esta cuestión.

este concreto deber jurídico-civil (societario), presuponga en sí una infracción jurídico penal. Para lo primero, expresaremos que la deslealtad misma no debe ser comprendida como frustración de confianza, pues “*leal*” es solo la descripción de un atributo de un comportamiento, que se ajusta a la determinación de objetivos de la relación jurídica correspondiente. El fundamento material de la infracción lo constituye la posición jurídica respecto del patrimonio ajeno, el ámbito de organización del administrador (del órgano de administración) incluye una especial posición jurídica sobre el patrimonio de la sociedad, y en este sentido, el deber de lealtad es tan sólo una consecuencia de la posición jurídica: sólo puede infringir el deber aquel sobre quien pesa la obligación de cumplirlo, por lo que sólo ante hechos de administración desleal que supongan una grave intervención en la libertad de organización ajena debe imputarse jurídico-penalmente.

La relación jurídica que se da entre administrador y titular del patrimonio administrado, se encuentra regulada y exigida por el cumplimiento de determinados deberes entre los que cabe citar, el deber de lealtad. El deber de lealtad entendido como recurso del ordenamiento jurídico dirigido hacia la protección del principal en caso de producirse un conflicto de interés en el ámbito de las relaciones de administración y gestión, entre la sociedad y su gestor. Por lo que, la obligación del administrador, incluye desempeñar su cargo respetando el deber de lealtad al que se encuentra sometida su actuación. Es decir, sin usar de manera inadecuada las concretas facultades o potestades de gestión o lo que es lo mismo, de manera contraria a la finalidad por la cual ha sido nombrado (y él aceptado) para el cargo o función que lleva aparejado entre otros extremos, el poder de disposición y en este sentido, la gestión sobre el patrimonio ajeno. Esto es lo que en el ámbito jurídico penal constituye el deber de lealtad, que genera la obligación de actuar en favor del administrado. El delito de administración desleal constituiría, con independencia de la quiebra de confianza entre el administrador y el titular del patrimonio administrado, una grave infracción de un concreto deber de lealtad que obliga al administrador a actuar en función de los intereses del titular del patrimonio administrado que, aunque lleve aparejado la quiebra de la confianza, son

situaciones que se encuentran en niveles diferenciados de exigencia normativa. En este sentido, una grave infracción del deber de lealtad constituye a su vez un supuesto de quiebra de la confianza entre administrador y titular del patrimonio administrado. Lo que no se puede afirmar es que el núcleo de la infracción del deber de lealtad sea la quiebra de la confianza, o que la pérdida de la confianza implique o precise la existencia del delito y en este caso, de la infracción del deber de lealtad del que deriva el concreto y correlativo deber de protección patrimonial.

El administrador no goza de capacidad de disposición de los bienes o intereses económicos del titular del patrimonio administrado como consecuencia de un engaño previo (como en el delito de estafa)⁵⁶², sino a través de una relación legítima de administración que tiene como fundamento la confianza, una relación legítima y jurídica que comporta determinados deberes positivos entre los que destaca el deber de lealtad. En este sentido, por ejemplo, el que defrauda en el sentido de desleal es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración. Por lo que cabe decir que de todas las maneras a través de las cuales se puede infringir o vulnerar la confianza depositada en el administrador, de la que surge un concreto deber de lealtad del administrador respecto del titular del patrimonio administrado, para la normativa penal, la que necesita amparo de la ley penal es aquella mediante la cual se produce un resultado de daño contra el patrimonio administrado, precisamente por quien tenía el deber de actuar conforme al deber de lealtad: el administrador. En otras palabras, el art. 252 CP constituye la represión bajo amenaza de pena de una grave infracción del deber de lealtad, mediante la infracción del deber de protección patrimonial, del administrador respecto del titular del patrimonio administrado.

Cabe señalar que aunque la administración desleal es sin lugar a dudas un abuso de una posición de dominio sobre el bien jurídico que debía proteger⁵⁶³, lo importante es observar que se está en esa posición precisamente

⁵⁶² QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, Ob. Cit., pág. 917.

⁵⁶³ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», Ob. Cit., pág. 85.

porque ha existido una previa transferencia de esa posición jurídica sobre el bien jurídico al autor típico, al administrador, pero el abuso de la concreta posición, el abuso de las funciones propias del cargo, el exceso en el ejercicio de las facultades, está en función del deber que previamente se ha adquirido: no se puede abusar si previamente no se me ha otorgado un derecho de uso, el derecho es en el sentido argumental, el límite que permite observar que se ha abusado. Es decir que el tipo se realiza cuando el autor quebranta el deber previamente adquirido. De esa concreta infracción del deber se explica de manera suficiente la lesión del patrimonio administrado. De este modo, se ha rebasado el límite de lo admitido por el ordenamiento y se ingresa en la esfera de lo que prohíbe la ley penal.

La administración desleal constituye la infracción del deber de lealtad mediante la infracción del deber de protección patrimonial que el administrador se encuentra obligado a cumplir para salvaguardar los intereses del principal en las actuaciones interesadas del propio administrador y en las que repercuten intereses ajenos. Por tanto, con la definición normativa del deber de lealtad hasta ahora desarrollado, es posible establecer una conexión normativa entre este deber y su infracción como fundamento de la punición en el delito de administración desleal del art. 252 CP. En suma, como la administración desleal solo puede ser cometida por el sujeto que tiene una posición jurídica de la que surge el deber de tutelar los intereses patrimoniales ajenos, nos encontramos ante un delito de infracción de deber, que se sustenta en una concreta relación jurídica de confianza, que genera un deber de lealtad. La relación de confianza no se protege como tal, sino en su referencia patrimonial por lo que se sostiene que la quiebra de confianza representa solo el modo de ataque al bien jurídico protegido⁵⁶⁴, por lo que esta concreta deslealtad, la infracción del deber de lealtad no puede ser considerada como bien jurídico. La deslealtad constituye tan solo la modalidad de ataque al patrimonio, la lealtad consiste en ajustar la propia conducta a la determinación de los objetivos y finalidades que constituyen el contenido material de la relación

⁵⁶⁴ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 32.

jurídica establecida, la relación jurídica de administración-facultad/protección-deber del patrimonio ajeno. Hemos observado que existe previamente una concreta relación jurídica del autor respecto del bien jurídico, relación jurídica que es plenamente independiente del hecho. En resumen, el delito del art. 252 CP, contiene un tipo de infracción de deber, fundamentado en la relación jurídica existente entre el autor y el bien jurídico, que surge de la relación jurídica entre el titular del patrimonio y el administrador, en el que se lesiona un deber especial de protección del patrimonio administrado, a través de la infracción del deber de lealtad. De este modo, se puede observar que la argumentación, lo que hace es configurar el deber de protección del patrimonio, derivado del deber de lealtad, según lo que establece la normativa de referencia. El deber de protección patrimonial está formado por lo que establece el Derecho privado⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ En este sentido, se manifestó la AP de Cantabria en las sentencias 48/2001 y 102/2000: sentencias sec. segunda de fecha: a) 8 de junio de 2001, núm. 48/2001, recurso 33/2001; y, b) 31 de julio de 2000, núm. 102/2000, recurso 58/2000. Hay que tener en cuenta que lo hacen respecto del suprimido art. 295 CP, señalando que este tipo penal regulaba los supuestos de administración desleal protegiendo el patrimonio social o individual del abuso de poder o *la infracción de los deberes de lealtad* o infidelidad por parte de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad.

CAPÍTULO CUARTO

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

CAPÍTULO CUARTO

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO

Como hemos afirmado a lo largo de este trabajo, la idea de considerar el delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tiene como fundamento la afirmación de que el Derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos⁵⁶⁶ y, por tanto, el delito es expresión de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁵⁶⁷. En este sentido, conviene recordar que el concepto de bien jurídico debe apoyarse sobre la idea de valor, referida a las exigencias éticas que configuran el fundamento del sistema jurídico y, en función de esta premisa entender al bien jurídico como “*todo valor de la vida humana protegido por el derecho*”⁵⁶⁸, protegido por la Constitución española⁵⁶⁹ y que a

⁵⁶⁶ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 119 y ss. En sentido distinto, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal*, Parte General, Ed. Akal, cuarta edición, Madrid, 1997, pág. 19, afirma que la teoría del bien jurídico no tiene en sí misma las posibilidades de limitar el uso del Derecho penal sólo a la protección de bienes jurídicos.

⁵⁶⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Civitas, Pamplona, 2010, pág. 259.

⁵⁶⁸ ROCCO, A.: *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, Ed. B de F, trad. SEMINARA, G., Montevideo, 2001, pág. 258-259.

⁵⁶⁹ Hay que señalar que esta posición no es unánime. Sin embargo, nosotros nos adherimos a ella. Sobre esta postura revisar, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, J.: «Bien jurídico y Constitución...», Ob. Cit., pág. 5 y ss., 20, 35; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites...», Ob. Cit., pág. 1 y ss.; CARBONELL MATEU, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales...*, Ob. Cit., pág. 27 y ss. Para estos autores, la teoría constitucional debe identificar a los bienes jurídicos penales con el ordenamiento valorativo constitucional y esta vinculación se puede realizar de manera expresa o implícita. Lo que no implica su concreta positivización, mas si una marcada tendencia hacia este logro. Por otro lado, tampoco se exige que los bienes jurídicos susceptibles de protección jurídico-penal, se reduzcan o aumenten. Es posible que incluso, el contenido normativo del bien jurídico varíe como consecuencia de la interpretación jurisprudencial o por alguna modificación de la norma.

su vez resulte socialmente relevante⁵⁷⁰. Sin embargo, cabe señalar que definir el concepto de bien jurídico como valor no comporta asignarle un contenido determinado, en referencia a una definición conceptual que sigue la siguiente regla: género anterior y diferencia específica, sino más bien en relación a la función desempeñada por el concepto de bien jurídico, a saber: constituir el fundamento de la punición, constituir “*el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad*”⁵⁷¹. En relación con el denominado Derecho penal socioeconómico no debe olvidarse que la utilización de este sector del ordenamiento jurídico viene condicionado por el reconocimiento de que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos y sus penas (y de los bienes jurídicos) se encuentra en el programa político y socioeconómico que se extrae de los principios de la Constitución⁵⁷² y en este sentido, la teoría del bien jurídico también deriva de la norma fundamental. Esto último no es privativo del Derecho penal socioeconómico, para un sector de la doctrina, todo bien jurídico, deriva de una u otra forma de la Constitución. Por último, como ya hemos señalado al inicio de este trabajo, el bien jurídico es entendido en dos diferentes sentidos: a) en el sentido político criminal o de *lege ferenda*, referido a lo que necesariamente debe ser protegido por el Derecho penal; y, b) en el sentido dogmático o de *lege lata*, en relación a lo que efectivamente se encuentra protegido por la norma jurídico penal

⁵⁷⁰ Esto significa que no todo ataque a un bien jurídico es típico, sino sólo aquellos que superen los criterios de la imputación objetiva. Entre otros muchos, en su trabajo, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», en ADPCP, vol. LXVI, 2013, pág. 35 y ss., señala que, “en su aspecto subjetivo, el tipo exige que la conducta sea dolosa o imprudente. Pero para que exista una conducta típica es preciso, además, que esa conducta subjetivamente típica haya realizado el tipo objetivo, y el tipo objetivo ya no se compone únicamente de relación de causalidad entre la acción y el resultado –tal como se entendió hasta la aparición de la teoría de la imputación objetiva– sino que, si esa causalidad concurre (en el sentido de la teoría de la condición), hay que preguntarse ulteriormente si la lesión del bien jurídico le es imputable objetivamente o no al causante de la misma”. Y continúa afirmando que, “la teoría de la imputación objetiva, por consiguiente, sólo entra en juego para excluir en última instancia la tipicidad si consta ya que un comportamiento doloso o imprudente ha causado –condicionado– el resultado típico, porque si no hay comportamiento, o éste no se ha ejecutado doloso o imprudentemente, o no ha causado (condicionado) el resultado, la ausencia de acción, de dolo o, en su caso, de imprudencia, o de relación de causalidad, nos basta y nos sobra ya para fundamentar la ausencia de tipicidad”.

⁵⁷¹ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., PG, quinta edición, pág. 319.

⁵⁷² ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 55.

vulnerada⁵⁷³. En relación a la primera función del bien jurídico, nos remitimos a lo ya dicho en las primeras páginas de este trabajo, al hablar de la legitimación y justificación de estos tipos delictivos. Ahora nos ocuparemos exclusivamente de la función dogmática, de la concreción del interés jurídico protegido por el artículo 252 del vigente Código penal español.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, se optó por tipificar un delito de administración desleal genérico, sustituyendo el modelo específicamente societario vigente a partir de la LO 10/1995 y hasta la entrada en vigor de la antedicha reforma. Sin embargo, como en el ámbito de la punibilidad del nuevo tipo de administración desleal caben los supuestos de administración desleal del órgano de administración, en este capítulo, la discusión tendrá como trasfondo dilucidar también si en este ámbito se protegería algo distinto que aquello que se protege para la generalidad de los supuestos de administración desleal. Determinar si cabría la posibilidad de diferenciar entre objetos jurídicos de protección o si se podría añadir algún otro, aunque sea de manera mediata, cuando el autor del comportamiento delictivo sea el órgano de administración. En este sentido, la finalidad del capítulo será determinar cuál es el objeto de protección del art. 252 CP (apartado II) y su relación respecto de los supuestos de administración desleal del órgano de administración (apartado III) ⁵⁷⁴. El por qué estudiar esta cuestión, o mejor por qué emprender esta tarea se justifica porque, para nosotros, el concepto de bien jurídico tiene una función como medio de interpretación teleológica según el concreto e

⁵⁷³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 160.

⁵⁷⁴ Con este panorama previo, en el apartado que a continuación inicia, expondremos cuál es para nosotros el objeto jurídico de protección del art. 252 CP. Al final del mismo, incluiremos una referencia a la postura que indica que el objeto de protección de la administración desleal es la relación de confianza. Hemos decidido incluir estos acápites por los puntos de interferencia que pudieron suscitarse al momento de considerar que la administración desleal es un delito de infracción de deber. En el inmediato posterior apartado explicaremos fundadamente que lo que se protege en el art. 252 CP para todos los supuestos, incluidos aquellos en los que el sujeto activo del delito sea el órgano de administración de una persona jurídica, es siempre el mismo objeto jurídico. Esto lo haremos con la finalidad de descartar que cuando se trate de los supuestos de administración desleal acaecida en el ámbito societario, se proteja inmediatamente aquello que alguna postura sostuvo respecto del suprimido art. 295 CP. Esto nos ayudará a determinar si estas posturas que se construyeron para explicar el suprimido tipo penal, sirven respecto de la vigente administración desleal.

inmediato bien jurídico protegido por el tipo penal para la estructuración sistemática de la Parte Especial, y para las soluciones que se deben aplicar al caso concreto. Entonces, si (metodológicamente) se admitiera, en esta discusión, un determinado bien jurídico, eso debe tener repercusiones prácticas. De ahí que, para nosotros, lo que se ha dicho protegía el suprimido delito del art. 295 CP, un delito de administración desleal específicamente societario, puede condicionar la práctica y la aplicación del art. 252 CP, cuando el autor del delito sea el órgano de administración⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Como lo he mencionado con anterioridad, el Código penal ha establecido dentro de los denominados *delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico* el delito de administración desleal. La problemática interpretativa de este precepto se inicia desde el instante mismo en el que se quiere determinar si en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, nos encontramos precisamente ante una conducta típica del género de los delitos societarios o si por el contrario nos hemos tropezado con uno de los tradicionales delitos patrimoniales. La reforma del CP mediante la LO 1/2015, sugiere que este delito es uno patrimonial, nosotros hemos señalado que muy a pesar de esta situación, en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, nos encontramos también frente a un delito genuinamente societario. Esto no quiere decir necesariamente, que por ser un comportamiento que ha acaecido en el ámbito societario, se deba entender que se protege de manera inmediata aquello que se protege por este sector del ordenamiento jurídico. Como veremos, esta conclusión sería incorrecta. Sin embargo, como alrededor del art. 295 CP se argumentó para entender que esto es así, debe realizarse un estudio de esta cuestión para descartar fundadamente esta opción interpretativa respecto del art. 252 CP.

II. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 252 CP

1. EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido de manera inmediata en el delito de administración desleal del art. 252 CP es el patrimonio del sujeto pasivo⁵⁷⁶, respecto de quien el administrador, el autor típico, tiene unos concretos deberes de custodia y protección del patrimonio administrado⁵⁷⁷. Constituye la opinión mayoritaria (a la que nos adherimos) tanto en España como en Alemania⁵⁷⁸. En

⁵⁷⁶ En los supuestos de administración desleal del órgano de administración se concreta en el patrimonio de la sociedad. Sólo de manera indirecta y no típica (o extra-típica) o mejor, de forma tal que no atañe al tipo penal, se produce un ataque al patrimonio de otros afectados o perjudicados en el sentido que propusiera el suprimido art. 295 CP. Nos referimos, por ejemplo, a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados. Revisar, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, décimo séptima edición, Valencia, 2009, pág. 494; FARALDO CABANA, P.: «Consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades», en *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 206; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del art. 295 del Código Penal de 1995», en *LH al Prof. VALLE MUÑIZ*, Pamplona, 2001, pág. 1254; PÉREZ VALERO, I.: «Los distintos conceptos de delito societario del Código Penal de 1995», en *La Ley*, núm. 5251, 20 de febrero de 2001, pág. 1657; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Administración desleal y apropiación indebida», en *La Ley*, núm. 5229, 19 de enero de 2001, pág. 1715; MUÑOZ CUESTA, J.: «Delitos societarios: administración fraudulenta y apropiación indebida», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 440, 2000, pág. 2; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Corrupción y delito de administración desleal», en *La Ley*, núm. 5167, 23 de octubre de 2000, pág. 1286; MORALES PRATS, F.: «Dos cuestiones sobre delitos societarios. La frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades, y el ámbito incriminador de los artículos 291 y 292 C.P.», en *RdDPPP*, núm. 2, 1999, pág. 52; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 184; CALDERÓN CEREZO, A.: «La administración fraudulenta de patrimonios como delito societario», en *Gaceta Fiscal*, núm. 171, Madrid, 1998, pág. 191; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 123; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 179; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 93.

⁵⁷⁷ En las páginas que siguen, fundamentaremos adecuadamente este posicionamiento, mas como también lo haremos relacionando esta cuestión respecto de los supuestos de administración desleal del órgano de administración, realizaremos la tarea de la mano de lo que la doctrina sostenía que se protegía en el delito de administración desleal societaria.

⁵⁷⁸ Entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa...*, *Ob. Cit.*, PE, quinta edición, pág. 535, 546; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, vigésima edición, Valencia, 2015, pág. 384; GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, cuarta ed., pág. 460; GALLEGO SOLER, J.: «Sección 2ª de la Administración desleal», en *Comentarios al Código penal*, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, dir. CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., coord. VERA SÁNCHEZ, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 881; QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, séptima ed., Valencia, 2015, pág. 577; CORCOY BIDASOLO, M., y otros: *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Ed. Tirant lo Blanch, t. 1, dir. CORCOY BIDASOLO, M., coord. VERA SÁNCHEZ, J., Valencia, 2015, pág. 510; GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal

este último país se desarrolló de manera anticipada la tesis del patrimonio como bien jurídico protegido⁵⁷⁹. El patrimonio como bien jurídico, constituye una opción que tiene como soporte: la ubicación sistemática del precepto, la finalidad objetiva del mismo y, sobre todo, su tenor literal⁵⁸⁰. Respecto de su ubicación sistemática, señalaremos que, en efecto, constituye una novedad destacada en el Título XIII dedicado a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, la incorporación de otra Sección en su Capítulo VI, entre las defraudaciones. Nos referimos a la nueva Secc. 2ª que bajo la rúbrica «*De la administración desleal*» y con un único artículo, el art. 252 CP, que se fija entre la dedicada a las estafas a las que se remite a efectos del marco penológico, y a la apropiación indebida que pasa a ser la Secc. 2ª bis que contiene los nuevos arts. 253 y 254 del CP. Respecto de la *ratio legis*

genérica..., *Ob. Cit.*, pág. 759, 776; PRECIADO DOMÉNECH, C.: «XXIX. La apropiación indebida..., *Ob. Cit.*, pág. 522; RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito..., *Ob. Cit.*, pág. 530; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, B.: «De la administración desleal», en *Código penal comentado*, Ed. Bosch, dir. ROMA VALDÉS, A., Barcelona, 2015, pág. 432; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: «Defraudaciones», en *Estudios sobre el Código penal reformado*, Ed Dykinson, dir. MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2015, pág. 560; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANA TÁRRAGA, M., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Dykinson, segunda edición, Madrid, 2015, pág. 301; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Edisofer, segunda edición, Madrid, 2015, pág. 143; BURGOS PAVÓN, C.: *Derecho penal. Delitos I*, Ed. Ediciones CEF, Madrid, 2015, pág. 216; LUZÓN CUESTA, J.: *Compendio de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 196; ALCALÁ PÉREZ-FLORES, JAÉN VALLEJO, M., MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ PRADO, C., PERRINO PÉREZ, Á.: «La reforma del Código Penal. Parte Especial I», en *www.elderecho.com*, 13 de abril de 2015, núm. 10; PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 75 y ss.

⁵⁷⁹ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal en el Derecho..., *Ob. Cit.*, pág. 139. Quien sostiene que, en Alemania la opinión mayoritaria se inclina por asegurar que en este delito se protege el patrimonio, cita a MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht: Besonderer Teil*, novena edición, § 45 N. 1; KINDHÄUSER, *Nomos Kommentar*, § 266, N. 1; KINDHÄUSER, *Strafrecht: Besonderer Teil*, T. II, cuarta edición, § 34 N. 1; HAFT, *Strafrecht: Besonderer Teil*, octava edición, pág. 128; LABSCH, *Untreue*, pág. 57 y ss.; LABSCH, *Jura* 1987, pág. 343; HÜBNER, *Leipziger Kommentar*, décima edición, § 266, N. 19. Así también la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en la sentencia del caso *Mannesmann*, pág. 525, que ha sido comentada por SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal..., *Ob. Cit.*, pág. 52 y ss., para quien, este caso sirve como muestra de que lo que se protege es el patrimonio, cuando afirma que, es necesario que la administración de justicia realice un control serio sobre los órganos societarios, especialmente cuando se dan casos de saqueo del patrimonio a ellas confiado.

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio..., *Ob. Cit.*, cuarta ed., pág. 415, 419; en el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, *Ob. Cit.*, séptima ed., § 16, núm. 4., pág. 577 y ss., quien correctamente afirma que un patrimonio no es una cosa mueble ajena, sino un conjunto de activos y pasivos, por lo que mediante el nuevo art. 252 CP sí queda este aspecto protegido en su integridad.

señalaremos, que el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015 de manera expresa, nos indica desde un principio, que el CP de 1995 incorrectamente, había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de uno patrimonial que puede tener como sujeto pasivo a cualquier persona, por tanto, su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, venía exigido por su naturaleza de delito contra el patrimonio. Y continúa señalando que a través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, de todo aquel sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro su administración, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado⁵⁸¹. En definitiva, con estas y otras explícitas referencias, nos indica el legislador qué es lo que quiere proteger y cuál es la finalidad objetiva de la norma, que en este caso coincidiría en líneas generales con lo que en efecto protege el tipo penal: el patrimonio administrado⁵⁸².

⁵⁸¹ Sobre la literalidad del texto, señalaremos que, en coherencia con estos presupuestos político-criminales, destaca en el texto del art. 252 CP, el hecho de que el resultado se exprese en los términos de la afectación al bien jurídico protegido, porque son punibles de conformidad a los requisitos típicos del art. 252 CP, los comportamientos que causen un perjuicio al patrimonio administrado. Por estas argumentaciones, se puede afirmar que lo que directa e inmediatamente se protege en el art. 252 CP que regula la administración desleal de patrimonios ajenos, es el patrimonio administrado.

⁵⁸² Sin olvidarnos de la penalidad, o de la estricta remisión al art. 249 o 250 del CP, según sea el caso, a los efectos de establecer la pena para quienes infrinjan la norma del art. 252 CP. El artículo 249 CP, establece lo siguiente: *“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. // Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.”* El art. 250 CP, establece, por su parte: *“1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social. 2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase. 3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. 4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia. 5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado*

Esta es una postura que coincide también con lo que la doctrina mayoritaria afirmó respecto de la suprimida administración desleal societaria⁵⁸³. A este respecto, un breve paréntesis que nos permita entender cómo estaba planteada la discusión. De antemano hay que advertir que la

número de personas. 6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional. 7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero. 8.º Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo. 2. Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.”

⁵⁸³ Las diferentes posturas sobre lo que se protegía en la administración desleal societaria, se podían agrupar en torno a varios grandes grupos: a) *Sobre la tesis de protección del patrimonio de la sociedad y de todos los sujetos pasivos descritos en el tipo*, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, décimo séptima edición, Valencia, 2009, pág. 494; FARALDO CABANA, P.: «Consentimiento de la Junta General...», *Ob. Cit.*, pág. 206; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Algunas reflexiones...», *Ob. Cit.*, pág. 1254; PÉREZ VALERO, I.: «Los distintos conceptos...», *Ob. Cit.*, pág. 1657; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 1715; MUÑOZ CUESTA, J.: «Delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 2; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Corrupción y delito de administración...», *Ob. Cit.*, pág. 1286; MORALES PRATS, F.: «Dos cuestiones...», *Ob. Cit.*, pág. 52; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...», Ob. Cit.*, pág. 184; CALDERÓN CEREZO, A.: «La administración fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 191; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...», Ob. Cit.*, pág. 123; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 179; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios...», Ob. Cit.*, pág. 93; b) *Sobre la protección del patrimonio excluyendo el patrimonio social*, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...», Ob. Cit.*, PE, quinta edición, pág. 543; RÍOS CORBACHO, J.: «Aspectos controvertidos del delito de administración fraudulenta del patrimonio social (art. 295 CP)», en *RdDPP*, núm. 16, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 142; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, 2005, pág. 457; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido...», *Ob. Cit.*, pág. 30; MANZANARES SAMANIEGO, J.: «Los administradores y Altos Directivos...», *Ob. Cit.*, pág. 296; NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...», Ob. Cit.*, pág. 254; c) *Sobre la protección del patrimonio en sentido lato sin referirse a ningún sujeto concreto*, PÉREZ DEL VALLE, C.: «El tipo subjetivo...», *Ob. Cit.*, pág. 70; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La malversación como delito...», *Ob. Cit.*, pág. 128; AGUIRRE LÓPEZ, J.: «El artículo 297 del Código penal», en *La administración desleal...», Ob. Cit.*, pág. 178; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal en el nuevo Código penal...», *Ob. Cit.*, pág. 202; y, d) *Sobre la protección de un bien jurídico colectivo*, QUINTERO OLIVARES, G.: «Límites problemáticos: apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad documental», en *RdDPP*, núm. 1, 1999, pág. 50; SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Ed. La Ley-Actualidad, segunda edición, Madrid, 2006, pág. 346; MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo...», Ob. Cit.*, pág. 222; GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero», en *Compendio de Derecho penal español, Parte Especial*, Ed. Marcial Pons, dirigida por COBO DEL ROSAL, M., t. IX, Madrid, 2000, pág. 530; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 37.

discusión doctrinal y ciertas decisiones jurisprudenciales sobre la determinación del bien jurídico protegido por el delito de administración desleal específicamente societaria, no eran pacíficas; en la medida que, aunque cabe afirmar que casi todos estaban de acuerdo en señalar al patrimonio como bien jurídico protegido, las opiniones sobre esta tesis eran divergentes en los puntos de partida y en las conclusiones. En la interpretación del antiguo art. 295 CP se podían distinguir dos grandes grupos de opiniones en relación al objeto de protección; referidas al carácter uniofensivo o pluriofensivo del precepto. Sobre el carácter uniofensivo existían a su vez varias posturas. En este sentido, para MUÑOZ CONDE, FARALDO CABANA, DEL ROSAL BLASCO, PÉREZ VALERO, BAJO FERNÁNDEZ, MUÑOZ CUESTA, GÓMEZ BENÍTEZ, MORALES PRATS, CASTRO MORENO, CALDERÓN CEREZO, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, el “*patrimonio*” que se protegía en este delito, era el de la sociedad y el de los demás sujetos pasivos señalados en el tipo penal. Es decir, el patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados⁵⁸⁴. Por otro lado, para QUERALT JIMÉNEZ, RÍOS CORBACHO, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, MANZANARES SAMANIEGO, NIETO MARTÍN, era necesario excluir de la protección jurídico penal, el patrimonio social y comprender como “*patrimonio*” protegido, únicamente, el patrimonio de los sujetos pasivos que expresamente señalaba el tipo⁵⁸⁵ de administración desleal

⁵⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, décimo séptima edición, Valencia, 2009, pág. 494; FARALDO CABANA, P.: «Consentimiento de la Junta General...», *Ob. Cit.*, pág. 206; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Algunas reflexiones...», *Ob. Cit.*, pág. 1254; PÉREZ VALERO, I.: «Los distintos conceptos...», *Ob. Cit.*, pág. 1657; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Administración desleal y apropiación indebida...», *Ob. Cit.*, pág. 1715; MUÑOZ CUESTA, J.: «Delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 2; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Corrupción y delito de administración...», *Ob. Cit.*, pág. 1286; MORALES PRATS, F.: «Dos cuestiones sobre delitos...», *Ob. Cit.*, pág. 52; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 184; CALDERÓN CEREZO, A.: «La administración fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 191; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 123; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 179; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 93.

⁵⁸⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, *Ob. Cit.*, PE, quinta edición, pág. 543; RÍOS CORBACHO, J.: «Aspectos controvertidos...», *Ob. Cit.*, pág. 142; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa...*, *Ob. Cit.*, PE, segunda edición, pág. 457; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido...», *Ob. Cit.*, pág. 30; MANZANARES SAMANIEGO, J.: «Los

societaria⁵⁸⁶. Finalmente, en el sentido de la uniofensividad se expresaban, PÉREZ DEL VALLE, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, AGUIRRE LÓPEZ, BACIGALUPO ZAPATER, quienes se solían referir, *lato sensu* que, el bien jurídico es el “*patrimonio*”, sin responder con exactitud a la pregunta de a quién pertenece ese patrimonio protegido⁵⁸⁷.

La doctrina también defendió la postura de la pluriofensividad del delito de administración desleal societaria. Junto a la protección del patrimonio de la sociedad y de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados, se protegía otro bien jurídico. QUINTERO OLIVARES mantenía que el derogado art. 295 CP, protegía, además, los intereses supraindividuales o metaindividuales⁵⁸⁸, como, por ejemplo: la tutela de la veracidad de la información social, del capital social, del patrimonio de los accionistas, de sus derechos de participación y control, etc. En su opinión, se trataba de la protección de uno de los más relevantes mecanismos de participación de los ciudadanos en nuestro sistema económico⁵⁸⁹. SEQUEROS SAZATORNIL consideraba que se añadía la

administradores y Altos Directivos..., *Ob. Cit.*, pág. 296; NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 254.

⁵⁸⁶ Es oportuno señalar que esta última consideración constituyó un criterio importante esgrimido por los jueces a la hora de absolver, cuando afirmaban que “*un delito societario... de administración desleal exige que se produzca un perjuicio a los «socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administra», pero no prevé, según se desprende de su tenor literal y según entiende autorizada doctrina, el perjuicio a la propia sociedad, en cuyo caso, una conducta apropiatoria de fondos sociales causantes de un perjuicio exclusivo a la sociedad queda fuera del ámbito penal*”. Auto de 8 junio 2001 JUR 2001\265967, Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), Fundamento de Derecho Segundo. Esta interpretación se inserta en la línea de la anteriormente referida doctrina.

⁵⁸⁷ PÉREZ DEL VALLE, C.: «El tipo subjetivo en la administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 70; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La malversación como delito de administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 128; AGUIRRE LÓPEZ, J.: «El artículo 297 del Código penal...», *Ob. Cit.*, pág. 178; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal en el nuevo Código penal...», *Ob. Cit.*, pág. 202.

⁵⁸⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: «Límites problemáticos...», *Ob. Cit.*, pág. 50.

⁵⁸⁹ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, *Ob. Cit.*, tercera edición, pág. 1438, señala en referencia a los delitos societarios que, “*nos encontramos, por tanto, ante delitos genuinamente económicos. El hecho de que los bienes jurídicos que puedan individualizarse en el seno de las concretas figuras delictivas deban adscribirse a una titularidad privada (v.gr., derechos patrimoniales o políticos de los accionistas), no empaña su consideración metaindividual. No en pocos casos, los delitos societarios apearan como verdaderas barreras de contención encaminados a prevenir o evitar daños sensibles para los más variados y múltiples intereses colectivos: competencia, mercado, consumidores, Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, sistema crediticio, etc. En definitiva, la tutela de la veracidad de la información social, del capital social,*

protección del orden socioeconómico⁵⁹⁰. Otros sostenían que, además de protegerse el patrimonio de los sujetos pasivos descritos en el tipo penal, por ejemplo, para MAYO CALDERÓN, se protegía la estabilidad y permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico y económico⁵⁹¹; para GONZÁLEZ RUS, el correcto funcionamiento de la sociedad mercantil⁵⁹²; y, para RODRÍGUEZ RAMOS, el orden socioeconómico⁵⁹³.

Se puede señalar que en la jurisprudencia existían diferentes resoluciones que retrataban de alguna manera, la discusión en torno a las diversas opiniones doctrinales que existían sobre cuál era el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2015⁵⁹⁴, de 11 de abril de 2007⁵⁹⁵ y de 7 de junio de 2006⁵⁹⁶, distinguían en el delito de administración desleal dos diferentes bienes jurídicos: por un lado, uno *“individual, formado por el concreto patrimonio social”* y, por otro lado, *“el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el trafico jurídico-económico”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de enero de 2003⁵⁹⁷ y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 4 de mayo de 2000⁵⁹⁸, sostenían que, *“el delito de administración desleal... se contrae al patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administra, dejando completamente inerte frente a estos ataques al patrimonio social... y por ello el patrimonio social, por extraño que parezca, carece de protección penal”*. En contra de este entendimiento, la

del patrimonio de los accionistas, de sus derechos de participación y control, etc., implica la protección de uno de los más relevantes mecanismos de participación de los ciudadanos en nuestro sistema económico”.

⁵⁹⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda edición, pág. 346.

⁵⁹¹ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico...*, Ob. Cit., pág. 222.

⁵⁹² GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio.....», Ob. Cit., PE, 2000, pág. 530.

⁵⁹³ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «La administración desleal...», Ob. Cit., pág. 37.

⁵⁹⁴ STS 724/2015, sección primera, recurso núm. 754/2015.

⁵⁹⁵ STS 279/2007, sección primera, recurso núm. 915/2006.

⁵⁹⁶ STS 769/2006, sección primera, recurso núm. 638/2005.

⁵⁹⁷ SAP Granada 45/2003, sección segunda, recurso núm. 68/2002.

⁵⁹⁸ SAP Gerona 83/2000, sección tercera, recurso núm. 87/1999.

Sentencia del Audiencia Provincial de Burgos de 3 de septiembre de 2013⁵⁹⁹ señala que, como *“el objeto material del delito lo constituyen los bienes sociales, es decir, cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad”*, debe considerarse que, *“el bien jurídico protegido por el delito es la integridad del patrimonio social junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto”*. Podemos concluir que, en la jurisprudencia, se acogían las diferentes posturas sobre el patrimonio protegido. Para algunos se trataba del patrimonio en el mismo sentido genérico del delito de estafa. Para otros, debía añadirse la protección del patrimonio de los sujetos relacionados. En algunos supuestos también podía considerarse bien jurídico protegido el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles. Se afirmó que se incluyó dentro de la protección del tipo penal, a los intereses colectivos, en la medida en que la transparencia y el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles son elementos que configuran una actuación respetuosa en el marco de la economía de mercado. Por esto, en algunos casos se concluía que nos encontrábamos ante un delito pluriofensivo o mixto, patrimonial y económico, con influencia de los dos ámbitos. Esta breve referencia nos permite observar que, en líneas generales, en la tradición jurídica de este delito siempre ha existido consenso para afirmar que lo que se protege y lo que se debe proteger es el patrimonio del sujeto pasivo del delito⁶⁰⁰, lo que estaba en discusión era, por un lado, la determinación del concreto sujeto o sujetos pasivos; y, por otro, además, señalar si habría otro bien jurídico.

Señalar que el bien jurídico es el patrimonio nos obliga a establecer el concepto y fundamento del mismo⁶⁰¹. Lo primero que hay que señalar es que el

⁵⁹⁹ SAP Burgos 360/2013, sección primera, recurso núm. 75/2013.

⁶⁰⁰ Esto es una nota característica de la interpretación tanto del antiguo art. 252 CP en la modalidad de distracción de dinero, como del suprimido art. 295 CP. También se observa que las propuestas de *lege ferenda* siempre han insistido sobre esta cuestión.

⁶⁰¹ Debemos señalar que, aunque la doctrina mayoritaria afirme correctamente que lo que se protege en la administración desleal es el patrimonio, es preciso explicar adecuadamente varios aspectos entorno a la opción de considerar al patrimonio como bien jurídico inmediatamente protegido. Como pone de manifiesto, PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, dirs. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., Madrid, 2013, pág. 86, *“la definición del bien jurídico protegido es relevante porque incide directamente en la extensión del ámbito de aplicación de los tipos. Ello puede verse claramente en el caso de la determinación del concepto*

concepto de patrimonio debe ser entendido en su acepción genérica⁶⁰², que lo distingue materialmente del concepto de propiedad⁶⁰³. En segundo lugar, el concepto de patrimonio se encuentra ligado a la persona, y contiene una parte de la esfera jurídica de aquella referida a los elementos que la componen y que son susceptibles de ser pecuniariamente apreciables⁶⁰⁴. En tercer lugar, será preciso delimitar adecuadamente qué es el patrimonio y cómo se relaciona el concepto con los restantes elementos de la tipicidad⁶⁰⁵. Sobre esta última

de patrimonio, de cuya definición depende el alcance del ámbito de aplicación del delito de estafa, de la administración fraudulenta, etc. En efecto, la decisión de si el patrimonio se define en términos económicos o jurídicos incide directamente en la valoración (como típica o atípica) de la conducta de quien engaña en el seno de un negocio ilícito o de quien lo hace para lograr que la víctima le entregue algo carente de valor económico; la decisión de si el patrimonio se determina con base en un criterio de valor de mercado o con base en el conjunto de fines de su titular tiene consecuencias directas sobre la calificación del caso en el que el acto de disposición de la víctima está condicionado por un error pero no genera en su esfera una pérdida de valor de mercado; la decisión de si las expectativas de ganancia forman parte o no del patrimonio incide en la determinación de si la conducta del administrador que ha rechazado una oferta de buen negocio ha menoscabado con su decisión el patrimonio de la sociedad que administra; etc."

⁶⁰² Precisamente la necesaria diferenciación entre el concepto de patrimonio y propiedad que redundaría en la bifurcación de delitos que protegen el patrimonio y los que protegen la propiedad es lo que impediría tomar como criterio de interpretación el concepto personal o funcional de patrimonio, porque desde esta postura, los límites entre patrimonio y propiedad quedan especialmente difuminados. Sobre esta crítica, GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Ed. B de F, segunda edición, Buenos Aires-Montevideo, 2015, pág. 228, con ulteriores citas de la doctrina alemana sobre la cuestión. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 24.

⁶⁰³ RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, Ed. Dykinson, décimo octava edición, revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, A., Madrid, 1995, pág. 372. Según este autor, debería preferirse el término de propiedad por sobre el de patrimonio, en atención a los inconvenientes de estos concepto en su sentido estricto, *es más afortunada a la denominación de patrimonio, porque alude a la cuestión ética y constitucional que late en el fondo de la construcción de estos delitos, el derecho a la propiedad es un derecho natural reconocido por las leyes y no un mero producto de ellas*; en contra de esta concepción, VALLE MUÑOZ, J.: *El delito de estafa: Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 76, para quien no tiene sentido aferrarse al término de propiedad, para luego al definir su contenido como *conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen valor económico*, abandonar toda referencia al mismo. Sobre la adecuada distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, revisar la pionera obra de ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Delitos contra la propiedad...*, *Ob. Cit.*, pág. 29 y ss., 52 y ss., 60 y ss.

⁶⁰⁴ OTTO, H.: *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Duncker und Humblot Verlag, Berlín, 1970, pág. 34, citado por ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 142; PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 92 y ss.; GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 179-180; SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños: evolución y dogmática (art. 263 Código penal)*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2003, pág. 111.

⁶⁰⁵ Como pone de relieve GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 94, al hablar del hurto, desde una perspectiva amplia y correctiva se puede aceptar que lo que se protege en ese delito es el patrimonio; siempre que se acepte que no son todos y cada uno de los elementos

cuestión, por ejemplo, la referencia a la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, no es baladí. Recordemos que el suprimido art. 295 CP contenía entre sus requisitos el de la causación de un perjuicio “*económicamente evaluable*”. Ello, se sostuvo, dificultaba para este delito el manejo de un concepto patrimonial distinto del económico o del económico-jurídico y tendía a estrechar la tipicidad con un criterio que tenga relación con el principio del saldo⁶⁰⁶, pese a estimarse que tal solución no resultaba ser la político-criminalmente más adecuada en todos los casos⁶⁰⁷. El vigente art. 252 CP, prescinde deliberadamente de esta referencia, la Exposición de Motivos afirmaba que con la expresa intención de abandonar la concepción económica y de acoger la concepción personal o de la frustración del fin, se sustituyó en el precepto la referencia a un perjuicio económicamente evaluable. Textualmente se afirmaba que la reforma supera la referencia a un “*perjuicio económicamente evaluable*” del suprimido art. 295 CP, porque conducía al entendimiento de un concepto meramente económico o económico-jurídico de patrimonio. Por lo que, se podría afirmar que, en la nueva administración desleal, para determinar el perjuicio patrimonial se debe tener en cuenta también, los fines personales (individuales o sociales) que se adhieren al concreto elemento patrimonial. Sin embargo, esta afirmación fue suprimida⁶⁰⁸, aunque, será importante tenerlo en cuenta⁶⁰⁹. Por estas connotaciones, se hace

que componen el patrimonio aquello que se protege, sino únicamente los elementos patrimoniales susceptibles de aprehensión física. Por lo que, la limitación del objeto material concreta y define el alcance del objeto jurídico, el alcance de la prohibición y del tipo penal.

⁶⁰⁶ En este sentido, NIETO MARTIN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 283; también, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario de administración...*, Ob. Cit., pág. 413.

⁶⁰⁷ GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», Ob. Cit., pág. 776. Este autor pone de relieve este hecho, afirmando que existían dudas respecto de la punibilidad de comportamientos tales como: las conductas de peligro para el patrimonio y, en particular, los negocios de riesgo u otras con resultados contablemente equivalentes pero carentes de utilidad para la sociedad.

⁶⁰⁸ Como es cierto que este pasaje fue suprimido del Preámbulo, no existe un criterio (más o menos imperativo) que obligue a entender que este es un elemento necesariamente requerido para la interpretación, sin embargo, como se afirma en el texto, habrá que tener en cuenta esta mención.

⁶⁰⁹ El texto afirmaba lo siguiente: La reforma supera la referencia a un “*perjuicio económicamente evaluable*” que contenía el derogado artículo 295 del Código Penal, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no

necesario acercarnos, aunque brevemente, a las diferentes posturas que sobre el patrimonio se han ido ofreciendo en la doctrina.

Aunque se puede hablar de que existen diferentes posturas sobre lo que es el patrimonio como objeto jurídico de protección; en realidad, también se puede afirmar que las diferentes concepciones de patrimonio, lo que han hecho es ir corrigiendo el ámbito de la materia protegible⁶¹⁰. Esto se ha hecho ya sea mediante la restricción o la ampliación del alcance de un concepto muy genérico o muy limitado que, por un lado, podría colisionar en determinados momentos con las garantías básicas que se desprenden del principio de legalidad y, que, por otro, podría significar la vulneración de los criterios de justicia material, porque por la estrechez del mismo quedarían fuera de la punibilidad graves comportamientos que atacan el patrimonio. Son cuatro las teorías fundamentales sobre el concepto de patrimonio.

solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo... sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limitan las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)".

⁶¹⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 66, afirma que cada concepción de patrimonio generalmente ha surgido para corregir las objeciones que se plantean al concepto de patrimonio que impera hasta el apareamiento de la nueva concepción. Para ASÚA BATARRITA, A.: «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones): La teoría de la frustración del fin», en *ADPCP*, 1993, pág. 89, no se debe perder de vista que las distintas concepciones del patrimonio han surgido también como forma de adaptación respecto de las nuevas formas de defraudación patrimonial que surgen de la dinámica del desarrollo económico y social. Es preciso anotar que esta evolución ha estado referida generalmente respecto de la estafa.

2. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL PATRIMONIO

2.1. LA TEORÍA JURÍDICA

Según el concepto jurídico de patrimonio, el contenido de aquel se corresponde con la suma de los derechos y deberes patrimoniales de un sujeto jurídico⁶¹¹, un conjunto de derechos subjetivos que no necesariamente tienen un valor económico⁶¹². A este sujeto jurídico, con capacidad para el ejercicio de determinados derechos, se le otorgan derechos y obligaciones en relación a la concreta vigencia de la normativa privada o pública de que se trate. Por lo que se puede afirmar que en este concepto tan sólo se asumían los paradigmas iusprivatistas como criterio informador para la interpretación jurídico-penal⁶¹³. La protección penal es tan sólo una mera prolongación de los derechos subjetivos reconocidos en el ámbito del derecho privado⁶¹⁴. En este sentido, en la comprensión del patrimonio se exige que los objetos patrimoniales se hallen de manera positiva reconocidos o garantizados por el Derecho. De esto cabe concluir que el perjuicio se concibe en términos exclusivamente formales⁶¹⁵.

⁶¹¹ El concepto jurídico de patrimonio ha sido desarrollado a finales del XIX. GALLEGO SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 99 y ss., afirma que ha sido un concepto que se elaboró alrededor de la interpretación del delito de estafa, y que tenía su razón de ser en la metodología que BINDING empleara para entender el sistema del derecho penal. Por eso no debe resultar extraña ni la concepción elaborada ni la concreta metodología, herederas ambas de su tiempo, un tiempo que coincide con el apogeo de la dogmática civilista de los derechos subjetivos. Esta postura es desarrollada, por tanto, por BINDING, K.: *Lehrbuch des Gemeinendeutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, t. I, Leipzig, 1902, pág. 238, citado por SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños...*, Ob. Cit., pág. 122; de la misma manera, GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 16, quien expresa que el origen del concepto jurídico de patrimonio se encuentra en esta obra del Derecho penal alemán; lo corrobora MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 128, este autor expresa que para BINDING, la cualidad accesoria del Derecho penal le hace proponer un contenido eminentemente privado al concepto de patrimonio.

⁶¹² GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 16.

⁶¹³ MUÑOZ CLARES, J.: *El robo con violencia o intimidación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 168.

⁶¹⁴ MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo...*, Ob. Cit., pág. 128.

⁶¹⁵ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra la propiedad», en *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Edersa, vol. II, dir. COBO DEL ROSAL, M., pág. 4, este mismo autor en sus trabajos posteriores

como desaparición de un derecho con independencia de la trascendencia económica⁶¹⁶ en la medida en que lo importante es tan sólo la relación jurídica establecida entre la persona y la cosa, la protección de la relación jurídica que vincula a la persona con el bien⁶¹⁷. Esta postura ha sido superada en la medida en que resultaba ser excesivamente formal y de poca trascendencia real⁶¹⁸. Esta última característica, se explicaba por la inutilidad del concepto⁶¹⁹, si lesión patrimonial es la lesión de derechos subjetivos, no era necesario la valoración de la misma en dinero, por lo que podría suponer pérdida patrimonial cuando el objeto de la acción sea uno sin valor económico⁶²⁰. Lo que suponía la dificultad de valorar adecuadamente y con facilidad la gravedad de las infracciones patrimoniales⁶²¹.

2.2. LA TEORÍA ECONÓMICA

Según la concepción económica del patrimonio, éste se define como la totalidad de bienes valorables en dinero de una persona, sin “*funcionalizarse*” en relación a su naturaleza jurídica o a su positivización mediante norma. Son

mantiene esta posición; en el mismo sentido, GOYENA HUERTA, J.: «El hurto», en *El hurto, el robo y el hurto y el robo de uso de vehículos*, Ed. Aranzadi, MUÑOZ CUESTA, J., ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., Pamplona, 1998, pág. 18, quien se refiere a la idea de quebranto patrimonial como un concepto puramente formal.

⁶¹⁶ VALLE MUÑIZ, J.: *El delito de estafa...*, Ob. Cit., pág. 80-81. Quien expresa que, según esta concepción, no importa que la cosa sea valorable económicamente, hay perjuicio tanto si la cosa objeto del delito carece de valor económico, como si la contraprestación tuviere un valor económico completamente equivalente.

⁶¹⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Ed. Comares, Granada, 2003, pág. 53.

⁶¹⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la...*, Ob. Cit., pág. 54.

⁶¹⁹ MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo...*, Ob. Cit., pág. 129.

⁶²⁰ GALLEGU SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 110, señala que la crítica se puede resumir afirmando que el concepto jurídico de patrimonio permite una protección a la vez muy amplia, porque se protegen derechos sobre objetos carentes de valor económico, y muy restringida, porque no se protegen situaciones económicamente relevantes porque no constituyen derechos subjetivos, como la posesión o las expectativas de ganancia.

⁶²¹ GOYENA HUERTA, J.: «El hurto...», Ob. Cit., pág. 17.

el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder fáctico de una persona⁶²², a disposición de una persona⁶²³, aunque el origen de tal poder se deba a una posición económica antijurídica⁶²⁴. Así, el patrimonio de una persona es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables⁶²⁵, todas las posiciones de significación económica y únicamente aquellas⁶²⁶. El conjunto de los bienes (apreciables pecuniariamente) mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades⁶²⁷. Por lo que no se requiere una concreta positivización o garantía de tales objetos patrimoniales por parte del ordenamiento jurídico. Para apreciar el perjuicio patrimonial basta una disminución o menoscabo económico, aunque reflejado en la privación de cosas o bienes, bajo el poder de disposición del sujeto pasivo con aprobación del orden jurídico⁶²⁸. En la teoría económica del patrimonio, por tanto, se pone el acento en que la pertenencia de los concretos elementos patrimoniales al patrimonio y su efectivo valor se decide a partir de parámetros materiales o económicos sin considerar o limitarse en su concreta naturaleza jurídica⁶²⁹. De este modo, se concede la protección jurídico-penal a determinados hechos que no se concretan en la existencia de derechos subjetivos y que sin embargo poseen trascendencia económica⁶³⁰. Como señala HUERTA TOCILDO, para la teoría económica del patrimonio, forma parte de él todo bien dotado de valor económico independientemente de su origen en un derecho o de que sea posible

⁶²² SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños...*, Ob. Cit., pág.123.

⁶²³ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa...*, Ob. Cit., 22; en el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo...*, Ob. Cit., pág. 131; GOYENA HUERTA, J.: «El hurto...», Ob. Cit., pág. 17, este autor se refiere al conjunto de valores económicos de los que realmente dispone una persona.

⁶²⁴ GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la...*, Ob. Cit., pág. 55; en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa...*, Ob. Cit., 22, señala que, de aceptarse esta teoría, por ejemplo, sería delito de estafa defraudar al coautor del robo en el reparto del botín.

⁶²⁵ VALLE MUÑIZ, J.: *El delito de estafa...*, Ob. Cit., pág. 81.

⁶²⁶ GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 17.

⁶²⁷ MAGGIORE, G.: *Derecho penal*, Delitos en particular contravenciones en particular, Ed. Temis, Bogotá, 1989, pág. 3.

⁶²⁸ MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo...*, Ob. Cit., pág. 131.

⁶²⁹ GALLEGOS SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 120.

⁶³⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.: «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 34, 1994, pág. 299.

su reconocimiento jurídico; y, admite la posibilidad de compensación del daño patrimonial y del lucro cesante a través de medidas económico-objetivas⁶³¹. De esta manera se amplía de manera ilimitada la posibilidad de incluir objetos intercambiables en el tráfico jurídico y económico logrando una indiscriminada protección sin asidero o sustento jurídico, en este sentido, los sujetos posibles también son ilimitados en la medida en que se requiere tan sólo ser titular de los objetos susceptibles de ser incorporados de manera objetiva al patrimonio⁶³². Este concepto contempla el patrimonio desde su dimensión de poder para la interacción en el mercado. Las críticas formuladas a esta teoría son: a) contradicción valorativa con el ordenamiento jurídico que ataca al principio de unidad de todo el ordenamiento jurídico; b) remisión al sistema económico que implica una construcción no normativa del concepto; c) dificultad para establecer la valoración del patrimonio y su perjuicio; y, d) preeminencia y necesidad de valoración para su construcción que aleja el patrimonio de la realidad objetiva⁶³³.

2.3. LA TEORÍA MIXTA

Las críticas en contra de las teorías jurídica y económica del patrimonio, condujo a la formulación de una postura que lograra conciliar sus

⁶³¹ HUERTA TOCILDO, S.: *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 32 y ss.

⁶³² El concepto económico del patrimonio, como señala PASTOR MUÑOZ, N.: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 35, ha sido formulado por vez primera en la sentencia 44, 230 de 14 de diciembre de 1910, del Tribunal Supremo Alemán, misma que supone el abandono del formalismo y la adopción de un contenido económico material del patrimonio, lo que implicaba entenderlo como conjunto de bienes de valor monetario de una persona y el perjuicio como un hacer al engañado económicamente más débil.

⁶³³ Como bien apunta GALLEGOS SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 135 y ss., la excesiva amplitud del concepto de patrimonio que abarca los perjuicios que se realicen en situaciones económicas sin protección jurídico-civil, incluso en situaciones de contenido económico de naturaleza manifiestamente antijurídica, es lo que condujo a las correcciones normativas de un concepto mixto. Porque es muy discutible que pueda ser víctima de estafa una persona respecto de bienes ilícitamente obtenidos (robo, hurto, apropiación indebida, etc.), o respecto de bienes cuyo tráfico es ilícito (tráfico de drogas, armas, órganos, etc.), o respecto de bienes que provienen de negocios prohibidos (receptación, blanqueo, etc.) etc.

deficiencias constructivas. Postura dominante en la doctrina española⁶³⁴. Para esta tesis el patrimonio se define como la totalidad de los bienes económicamente transables⁶³⁵, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico, que revistan una apariencia jurídica⁶³⁶ de no contrariedad con el ordenamiento jurídico⁶³⁷. Sólo pueden ser objetos patrimoniales aquellas relaciones establecidas por el ordenamiento jurídico, susceptibles de ser consideradas objeto de una transacción económica⁶³⁸. Es decir, se trata de negocios jurídicos regulados por el contrato⁶³⁹. El sujeto patrimonial será entonces aquel que ostente el poder de disposición sobre los bienes. Este poder de disposición consiste en el ejercicio de un derecho respecto de un bien. Esta teoría supone una corrección relevante a los problemas que suponían las concepciones jurídica y económica individualmente contempladas. En efecto, la teoría mixta limita⁶⁴⁰ la protección

⁶³⁴ GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 17; en el mismo sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la...*, Ob. Cit., pág. 55; PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio...», Ob. Cit., pág. 93. GALLEGO SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 145 y 146, señala que esta postura es mayoritaria también en Alemania, Italia y Suiza. ANTÓN ONECA, L.: «La estafa...», Ob. Cit., pág. 68, define el patrimonio como un conjunto de valores económicos que se encuentran reconocidos jurídicamente. Una tesis que fuera acogida por la doctrina, por ejemplo: MUÑOZ CONDE, F.: *El delito de alzamiento de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 47; QUINTERO OLIVARES, G.: *El alzamiento de bienes*, Ed. Praxis, Barcelona, 1973, pág. 99; HUERTA TOCILDO, S.: *La protección penal...*, Ob. Cit., pág. 35; VIVES ANTÓN, T., Y OTROS.: *Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, tercera edición, Valencia, 1999, pág. 797; entre otros. Es importante señalar que antes RODRÍGUEZ DEVESA, J.: «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad», en ADPCP, 1960, pág. 54, ya había puesto de manifiesto la necesidad de que se verificase la protección del ordenamiento jurídico respecto del objeto.

⁶³⁵ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal...», Ob. Cit., pág. 141. Este concepto ha sido propuesto por WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 1969, pág. 372, así lo afirma también, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños...*, Ob. Cit., pág. 123; así como, MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo...*, Ob. Cit., pág. 130. También GALLEGO SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 149, con citas de otros autores alemanes que han acogido este criterio.

⁶³⁶ HUERTA TOCILDO, S.: *La protección penal...*, Ob. Cit., pág. 35.

⁶³⁷ BAJO, M., PÉREZ, M., SUÁREZ, C.: *Manual de Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, 1993, pág. 167.

⁶³⁸ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», Ob. Cit., pág. 141.

⁶³⁹ GALLEGO SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 160 y ss. Desde esta perspectiva, pertenecerían al patrimonio: los derechos subjetivos con valor económico; las expectativas de aumento patrimonial con base en una pretensión jurídica real; las prestaciones con valor económico (clientela consolidada, el *know how*, la marca, el nombre comercial, etc.); la empresa económica; los secretos empresariales; la fuerza de trabajo (las habilidades empresariales).

⁶⁴⁰ MATA Y MARTÍN, R.: *El delito de robo...*, Ob. Cit., pág. 131.

a los bienes que sean susceptibles de ser económicamente evaluables (teoría jurídica) y, restringe la protección a aquellos bienes que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica⁶⁴¹ (teoría económica)⁶⁴².

Estos fundamentos del concepto de patrimonio: la totalidad de los bienes económicamente transables, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico, han sido extraídos de la doctrina civilista más moderna⁶⁴³, sin que se pueda afirmar que el concepto eminentemente jurídico de patrimonio que se maneja en el ámbito del ordenamiento civil, sea trasladable en su totalidad al Derecho penal. Lo que se afirma es que la correcta delimitación de los caracteres esenciales, las funciones, la estructura y el contenido del concepto de “*patrimonio*”, que se ha realizado en el ámbito del

⁶⁴¹ HUERTA TOCILDO, S.: *La protección penal...*, Ob. Cit., pág. 36 y ss.

⁶⁴² En el mismo sentido, HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones penales patrimoniales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 45 y ss., quien lo expresa del siguiente modo: sólo se protegerá penalmente a valores o elementos patrimoniales en situaciones de legitimidad, tutela que no alcanzaría a las cosas sin valor económico.

⁶⁴³ Es cierto que tratar de ofrecer una definición jurídica del concepto de patrimonio, no es una tarea relativamente sencilla, por varias razones. En el ámbito de la doctrina civil, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pág. 35, afirmaba que la dificultad de configurar un concepto jurídico inequívoco de patrimonio está en el carácter abstracto del concepto, sin apoyo en una delimitada realidad social y en el hecho de que este concepto, está influenciado por las condiciones económicas e ideológicas de la época. Cada definición que del mismo se realice es heredera del tiempo en que se construya. A este respecto, junto con DE LOS MOZOS, J.: «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *Revista de Derecho Privado*, 1991, pág. 588, conviene recordar que el concepto de patrimonio como tal aparece en el siglo XIX, en una situación cultural que difiere radicalmente de la que hoy vivimos. Esto sin perjuicio de señalar que ya en el Derecho romano existía el concepto de *patrimonium*, que englobaba todo aquello que pertenecía al *pater familias*. Indiferentemente de esta cuestión, existen tres teorías sobre el patrimonio: la personalista o subjetiva, la teoría del fin u objetiva y la teoría moderna o mixta. Resumidamente, para la teoría subjetiva, el patrimonio sería el conjunto de bienes de una persona, íntimamente cohesionados por el hecho de hallarse sometidos al arbitrio de una sola voluntad, a la acción de un único poder jurídico (en consecuencia: a) sólo la persona puede tener patrimonio, b) toda persona tiene patrimonio, c) la persona sólo puede tener un patrimonio). Para la teoría objetiva, no es la pertenencia a su titular lo que importa, sino que están destinados a un determinado fin. No es la pertenencia a un determinado titular lo fundamental, el “*alguien*”, sino el “*algo*” a lo que están dirigidos. La teoría moderna entiende que estas dos teorías son unilaterales y dejan de lado aspectos que comportan la unicidad o totalidad del patrimonio. Para la teoría moderna el patrimonio requiere de su titular siempre, y en los casos en los que se encuentre especificada la finalidad que el titular de los bienes quería con aquel, se deberá utilizar aquella para resolver el problema en su conjunto. La finalidad es también intrínseca al concepto de patrimonio en aquellos supuestos en los que se manifieste aquella. Sobre estas cuestiones revisar: DE LOS MOZOS, J.: «Aproximación a una teoría general...», Ob. Cit., pág. 592 y ss., HERRERA VILLANUEVA, J.: «El patrimonio», en *Revista mexicana de derecho*, Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal, año 15, enero-diciembre 2014, pág. 67 y ss.

Derecho civil, ha servido de sustento para a su vez, elaborar el concepto jurídico-penal de este concreto bien jurídico. En este sentido, en el ámbito de la doctrina civil, se han ofrecido diversas definiciones de patrimonio, en función de las diferentes teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica⁶⁴⁴. Entre estas opiniones resalta el hecho de considerar al patrimonio como un instrumento adecuado para entender el funcionamiento de los bienes, derechos y obligaciones (deudas), como elementos jurídicos destinados a unos concretos fines que persigan unos efectos determinados⁶⁴⁵. En este sentido, las funciones esenciales del patrimonio son: la satisfacción de las necesidades de la persona titular de los elementos que componen el patrimonio; y, servir como garantía de los acreedores del sujeto titular, como consecuencia de ser aquel, parte deudora en una determinada relación jurídica⁶⁴⁶. Entre sus caracteres destacan:

⁶⁴⁴ Para ROCA SASTRE, R.: «El patrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, 1926, pág. 171, se trata del total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica que están atribuidas a un solo titular. Para CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, Ed. Reus, t. I, vol. II, Madrid, 1987, pág. 649, es el conjunto de derechos susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona, o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular. Para LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Dykinson, vol. I, Madrid, 1999, pág. 59, se debe tener en cuenta que es fundamental retener que el patrimonio no representa, en principio, un nuevo objeto de derecho, un concepto ontológico, sino una manera de contemplar bienes y deudas en su conjunto: un denominador común o concepto lógico, de valor secundario en la vida real, y al que se recurre por la ley para designar el conjunto de relaciones que van a ser objeto de administración separada, o responsabilidad, o computación a efectos de apreciar ganancias o pérdidas, etc. Tiene, pues, una existencia intelectual, aunque no es una ficción, y de ordinario no interfiere la relación directa del dueño con la cosa del acreedor con el deudor. Para GARCÍA GARCÍA, J.: «Teoría general del patrimonio», en *Estudios en homenaje al profesor Díez Picazo, L.*, Ed. Civitas, t. I, Parte General, Madrid, 2003, pág. 581, es el conjunto coherente de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular o con destino a unos beneficiarios titulares finales y con tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración.

⁶⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Teoría general del patrimonio», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Ed. Bosch, t. I, Barcelona, 2005, pág. 68. Este autor agrega que, una vez realizada esta función, se agota o termina la vida del concepto.

⁶⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 40 y ss., señala que el patrimonio es ante todo el reconocimiento de un ámbito de libertad para la persona, supone la entrega de poderes económicos, puestos a su servicio, para facilitar la vida social. Para RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Teoría general del patrimonio...», Ob. Cit., pág. 99, el patrimonio permite, ante todo, la realización de la persona en los diferentes ámbitos en los que se desenvuelve. Pero, como pone de manifiesto el mismo DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 41, el reconocimiento de la libertad de disposición sobre los bienes no puede perder de vista que, la seguridad del tráfico en relación a los derechos de los acreedores exige que la ilimitada libertad

la posibilidad de valorarse económicamente los elementos integradores del patrimonio, la estructura interna (el poder del titular para disponer, usar y disfrutar de los bienes, etc.) y externa (el título o causa que sirve de sustento para ejercer los derechos sobre los bienes, etc.) siempre doble del patrimonio, la autonomía, la intransmisibilidad del mismo⁶⁴⁷ y, la identidad y el origen legal de los elementos⁶⁴⁸. Por último, sobre el contenido del patrimonio, se debe afirmar que el patrimonio en su totalidad no constituye el objeto del derecho subjetivo, sino cada uno de los elementos patrimoniales que lo componen⁶⁴⁹. En el activo están los bienes y derechos que ostenta la persona⁶⁵⁰ y en el pasivo, las deudas u obligaciones que debe cumplir⁶⁵¹. Se deben integrar en el activo o

del deudor no sea tal que le consienta defraudar a sus acreedores, requiere que se le impida destruir la única garantía de éstos, su patrimonio.

⁶⁴⁷ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, décimo primera edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 391 y ss. Sobre el carácter de intransmisible debe afirmarse que una persona no puede enajenar el patrimonio en su conjunto, sino que el objeto del negocio jurídico (de la enajenación) será cada uno de los bienes que lo componen.

⁶⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 38 y ss. Como pone de manifiesto ALBALADEJO GARCÍA, A.: *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, Ed. Edisofer, Madrid, 2004, pág. 508, cada una de las relaciones que componen el patrimonio es un elemento del mismo, y él es el conjunto de todas, pero constituye sólo eso, un conjunto, y no una unidad sustantiva independiente y distinta, resultante de la agrupación de sus componentes singulares. No se puede pensar que, en principio, el patrimonio sea un objeto, una entidad aparte, sobre la que la persona tenga un derecho autónomo, como si se dijese que existe un derecho de propiedad sobre el patrimonio. Esto sería incorrecto y devendría de la no adecuada distinción de lo qué es el patrimonio y cada uno de sus componentes.

⁶⁴⁹ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 424 y ss.

⁶⁵⁰ Sobre esta cuestión, las dudas se suscitan primero para diferenciar los conceptos de *cosa* y *bien* (sobre esta materia, revisar entre otros, el trabajo de BIONDI, B.: *Los bienes*, Ed. Bosch, trad. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., Barcelona, 2003, pág. 34 y ss., aquí, se realiza una interesante diferenciación entre los términos, en función de la relación del objeto con el sujeto), y, en segundo lugar, para determinar si *bien* y *derecho* es algo distinto o no. Para CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral...*, Ob. Cit., pág. 651, no es exacto incluir entre los elementos patrimoniales las cosas o bienes en vez de los derechos de propiedad sobre ellos. Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 44, afirma que derechos subjetivos y bienes no son elementos distintos, que como tales puedan excluirse entre sí, sino que son aspectos de una misma realidad jurídica. Razón por la que, DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 338, afirman que los objetos inmediatos incorporados al patrimonio son los derechos, pero que, referidos éstos, directamente a bienes, por lo que no habría especial inconveniente en considerar a los bienes como objetos patrimoniales.

⁶⁵¹ Esta cuestión no es unánime en la doctrina, PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Bosch, vol. I, Barcelona, 1987, pág. 318, señala no se deben incluir las deudas y obligaciones dentro del patrimonio, por ser cargas que ya padece. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera todo lo contrario, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil...*, Ob. Cit., pág. 47 y

en el pasivo, según corresponda, las cosas, bienes, derechos u obligaciones futuras⁶⁵².

Por esta especial caracterización y delimitación de los elementos que componen el patrimonio, se entiende que no haya prosperado en el ámbito del Derecho penal de manera exclusiva, ni el concepto jurídico ni el concepto económico de patrimonio, porque constituyen fundamentaciones parciales que dejan de lado la verdadera naturaleza y funciones del patrimonio⁶⁵³. Es correcto, por tanto, afirmar que el patrimonio constituye la totalidad de los bienes económicamente transables que pertenecen a una persona, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico⁶⁵⁴, que revistan una apariencia jurídica⁶⁵⁵ de no contrariedad con el ordenamiento jurídico⁶⁵⁶. Por lo que, sólo pueden ser objetos patrimoniales aquellas relaciones establecidas por el ordenamiento jurídico, susceptibles de ser consideradas objeto de una

ss., DE LOS MOZOS, J.: «Aproximación a una teoría general del patrimonio...», *Ob. cit.*, pág. 603, LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho Civil...*, *Ob. Cit.*, pág. 59, Díez PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil...*, *Ob. Cit.*, pág. 389.

⁶⁵² En relación a esta cuestión, la doctrina se mantiene unánime al interpretar los arts. 1271 y 1911 del CC. En efecto, el art. 1271 CC establece que, pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Como señala GETE-ALONSO Y CALERA, M.: «Comentario del art. 1271 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, t. II, dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R, SALVADOR CODERCH, P, Madrid, 2011, pág. 474, cabe una cosa futura mientras sea posible su existencia, considerándola como propia cosa, es decir sin crear la ficción de su existencia. Por su parte, el art. 1911 señala que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Como pone de manifiesto, GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario del art. 1911 del CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II..., *Ob. Cit.*, pág. 2055, este precepto consagra el principio de la responsabilidad patrimonial universal que conlleva la garantía respecto de los acreedores de poder satisfacerse las obligaciones o deudas, en forma forzosa, por parte del deudor, con sus bienes actuales y los que pueda adquirir en el futuro.

⁶⁵³ Como señala PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 90, se trata de una concepción que ha sido criticada por su carácter ecléctico: combina dos principios que, al final, no se aplican de manera coherente, pero que en todo caso responde a un esfuerzo de adaptación del concepto de patrimonio a la realidad que le han planteado los casos. Aunque esta autora afirma que se trata de una solución mejorable.

⁶⁵⁴ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 141.

⁶⁵⁵ HUERTA TOCILDO, S.: *La protección penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 35.

⁶⁵⁶ BAJO, M., PÉREZ, M., SUÁREZ, C.: *Manual de Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 167.

transacción económica⁶⁵⁷. El titular de los bienes patrimoniales es el sujeto patrimonial, porque es quien ostenta el poder de disposición sobre aquellos.

2.4. LA TEORÍA PERSONAL O FUNCIONAL

Se ha sostenido que la teoría personal o el concepto funcional de patrimonio, ha surgido o tiene relación con las correcciones normativas que se requieren respecto de la teoría mixta⁶⁵⁸. Esta teoría parte de un determinado concepto de bien jurídico⁶⁵⁹, la teoría personal del bien jurídico⁶⁶⁰, por lo que el patrimonio no es propiamente la suma de bienes, sino que su fundamento se encuentra en la relación de dominio de una persona respecto de determinados bienes⁶⁶¹. Con la sustracción de un objeto ajeno, no se lesiona la propiedad, derecho que respecto del concreto bien sustraído se sigue conservando, sino las facultades o poderes de disposición que sobre el objeto se ostenta y que dan contenido al (ejercicio del) derecho⁶⁶². La función del patrimonio tendría como fundamento el desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad⁶⁶³. Según OTTO, el *“patrimonio es una unidad estructurada personalmente que asegura el desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas. Se constituye de las relaciones de dominio (reconocidas por el ordenamiento jurídico) de la persona sobre objetos (bienes patrimoniales), que son reconocidos por la comunidad jurídica como objetos autónomos del tráfico económico”*. En este

⁶⁵⁷ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», *Ob. Cit.*, pág. 141.

⁶⁵⁸ GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 179-180. Se denominan funcionales porque el ataque al patrimonio constituiría una limitación o menoscabo de la función a la que se destina el objeto de la propiedad. Esto implica distinguir entre el funcionalismo sistémico y el carácter funcional de estas teorías acerca del concepto de patrimonio.

⁶⁵⁹ Sobre esta cuestión, GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto...*, *Ob. Cit.*, pág. 19 y ss.

⁶⁶⁰ El concepto personal de bien jurídico. La consideración del bien jurídico desde una perspectiva individual, y que se inserta en la teoría personal del bien jurídico, según la cual sólo debe entenderse como bien jurídico un interés humano necesitado de protección jurídico-penal. Ver entre otros, HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? ...», *Ob. Cit.*, pág. 96.

⁶⁶¹ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de...», *Ob. Cit.*, pág. 141-142.

⁶⁶² GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 181.

⁶⁶³ GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 179.

sentido, el “*patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio sobre objetos, que la comunidad jurídica considera como objetos autónomos del tráfico en la economía*”⁶⁶⁴. Si el patrimonio es un instrumento del ordenamiento jurídico eficaz para la realización de la personalidad, es posible otorgar una valoración al daño subjetivo que se ocasiona con la comisión de los delitos patrimoniales, junto con el propio valor económico del daño objetivamente considerado⁶⁶⁵. Se afirma que, con la teoría personal del patrimonio, el centro de la configuración del concepto no es ya el objeto de la relación, sino precisamente, la relación entre la persona y el objeto⁶⁶⁶. La infracción patrimonial ataca al mismo tiempo el concreto objeto que materializa el patrimonio y que se puede apreciar de manera económica, y constituye una frustración de la finalidad que el titular de ese objeto patrimonial quería conseguir con ese concreto objeto, una situación perfectamente apreciable en términos de daño⁶⁶⁷. El poder de dominio constituye una relación jurídica patrimonial siempre y cuando el sujeto jurídico titular del patrimonio se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de un determinado de derecho de dominio.

Esta idea, además, tiene como sustrato el enlace constitucional como fuente de derivación de los bienes jurídicos. En efecto, el artículo 10 CE, establece entre otras cosas que el libre desarrollo de la personalidad es fundamento de la constitución normativa de la sociedad. Por lo que no es de extrañar que a partir de esta postura se sostenga que, la protección jurídico-penal del patrimonio tiene sentido porque funcionalmente sirve al desarrollo de la personalidad en el ámbito económico⁶⁶⁸, garantiza un espacio de libre

⁶⁶⁴ OTTO, H.: *Die Struktur des strafrechtlichen...*, Ob. Cit., pág. 34, citado por ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal...», Ob. Cit., pág. 142. En el mismo sentido y con las mismas palabras lo traduce y cita, PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio...», Ob. Cit., pág. 92 y ss.

⁶⁶⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la...*, Ob. Cit., pág. 57.

⁶⁶⁶ GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 180.

⁶⁶⁷ ASÚA BATARRITA, A.: «El daño patrimonial...», Ob. Cit., pág. 82 y ss., 123 y ss.

⁶⁶⁸ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», Ob. Cit., pág. 142.

desarrollo de la persona⁶⁶⁹. El patrimonio sólo tiene su razón de ser en referencia a una persona, sea esta física o jurídica, y la razón de su protección se encuentra en que los bienes que componen el patrimonio, la persona los destina a la satisfacción de sus necesidades⁶⁷⁰. Esto es así en la medida en que se afirma que, en el delito económico, y entre estos en la administración desleal, el objeto jurídico de protección lo constituye no sólo el Derecho económico sino, además, el derecho de las personas que se relacionan con aquella⁶⁷¹.

Resulta de interés mencionar que el concepto personal del patrimonio ha sido acogido en varias sentencias del Tribunal Supremo, con lo que adquiere relevancia el concepto, lo que hace ineludible la referencia a las más importantes⁶⁷². En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de abril de 1992, más conocida como «*sentencia de la colza*»⁶⁷³, se señalaba de manera contundente que “*en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio.*” Por lo que se puede afirmar que el fundamento de la lesión lo constituye el menoscabo de la función a la que se destina el objeto de la propiedad⁶⁷⁴ y la relación de dominio no debe ser necesariamente un derecho

⁶⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa...*, Ob. Cit., 24,

⁶⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *El delito de alzamiento...*, Ob. Cit., pág. 38.

⁶⁷¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 537.

⁶⁷² En la doctrina española destacan varios trabajos. El de GALLEGU SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 238 y ss., es un ejemplo patente. Pero, además, como afirma este autor, antes lo había puesto de manifiesto LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.: «Sobre la tutela penal del patrimonio», en *ADPCP*, 1965, pág. 509 y ss. También están las posturas de: DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 68; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 144 y ss.

⁶⁷³ El ponente de esta sentencia fue BACIGALUPO ZAPATER.

⁶⁷⁴ GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 19.

subjetivo, pero sí se exige la atribución jurídica del bien al patrimonio de la persona afectada⁶⁷⁵.

Esto es lo interesante de esta concepción sobre el patrimonio que implica observar que para determinar *“el daño, por el contrario, debe hacer(se) referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”*. Por tanto, no es de extrañar que, aunque se obtenga un bien que sea equivalente económicamente a lo querido por el perjudicado, en el caso de estafa, si se ha defraudado la finalidad perseguida, se configura el tipo penal⁶⁷⁶.

Por tanto, el concepto personal de patrimonio debe tener en cuenta, para la determinación del daño, la finalidad patrimonial del titular⁶⁷⁷ del patrimonio⁶⁷⁸. Por cuanto en esto consiste el ejercicio del derecho al libre

⁶⁷⁵ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», *Ob. Cit.*, pág. 142.

⁶⁷⁶ Resulta esclarecedora la conclusión a la que llega la propia sentencia afirmando sobre el caso en cuestión que *“no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto, cuyo valor puede haber sido equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también patrimonial en el sentido de delito de estafa.”*

⁶⁷⁷ Acoge este criterio recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2010, acogiendo el criterio de sus predecesoras y anteriormente relatadas manifiesta *“que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada”*.

⁶⁷⁸ GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, *Ob. Cit.*, pág. 22.

desarrollo de la personalidad garantizado según el art. 10 CE⁶⁷⁹. La relación de dominio sobre el bien patrimonial debe ser real y no sólo potencial, esto implica que las expectativas y oportunidades de ganancia y adquisición pueden ser partes del patrimonio, en la medida que estén de tal manera concretizadas e individualizadas, que puedan ser vistas como partes autónomas del patrimonio, justamente porque participan en el tráfico económico como oportunidades concretizadas⁶⁸⁰. En definitiva, la jurisprudencia ha construido un concepto de patrimonio caracterizado no sólo por el elemento económico del mismo, sino que se añade a la estructura del mismo la finalidad querida en el momento de realizar la disposición patrimonial, es decir el patrimonio considerado en la faceta del ejercicio de los derechos patrimoniales de la persona⁶⁸¹. El patrimonio no puede ser considerado al margen de la función que se le asigne⁶⁸², la finalidad que la persona ha querido como parte del ejercicio de sus derechos patrimoniales. ZUGALDÍA ESPINAR y BAJO FERNÁNDEZ⁶⁸³ se han opuesto a esta formulación porque afirman que esta teoría no resuelve nada que no pudiera ser resuelto por el concepto mixto de patrimonio y, además, el hecho de que el engañado se haya decepcionado respecto de los fines que pretendía

⁶⁷⁹ En el mismo sentido, la sentencia del TS de fecha 17 de octubre de 1998, expresa en referencia al delito de administración desleal contenido en el artículo 252, sobre apropiación indebida que *"protege como bien jurídico el patrimonio del mandante o del administrado (confr. STS N° 224/98 de 26.2.98, entre otras allí citadas). Este tipo penal requiere la producción de un daño patrimonial antijurídico, es decir, que no resultarán típicas aquellas acciones que solo frustren una pretensión carente de aprobación jurídica. Ello es consecuencia de la noción de patrimonio personal, sustentada por la jurisprudencia de esta Sala (confr. STS de 23-4-92), según la cual las pretensiones que conforman el patrimonio deben ser jurídicamente admisibles"*. Reiteramos, en este sentido resulta coherente la solución a la que se llega en el discurso jurídico de la sentencia por cuanto al no producirse un daño antijurídico mal podría configurarse el daño al patrimonio. La solución de la sentencia lo corrobora al afirmar que *"el abogado al devolver el dinero y luego quedarse para sí con la restitución, para compensar la devolución del dinero irregularmente obtenido por sus clientes efectuada de su propio patrimonio, no ha producido a sus mandantes un daño antijurídico, dado que éstos carecían de derecho a recibir la indemnización por un despido improcedente que no había existido y que provenía de un fraude procesal."*

⁶⁸⁰ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», *Ob. Cit.*, pág. 142.

⁶⁸¹ Sobre las críticas de esta teoría cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «Delitos contra la propiedad...», *Ob. Cit.*, pág. 56-58. Este autor sostiene que esta teoría no soluciona nada que no haya podido hacerlo la concepción mixta del patrimonio.

⁶⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La malversación...», *Ob. Cit.*, pág. 134.

⁶⁸³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Los delitos contra la propiedad...*, *Ob. Cit.*, pág. 59; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa...*, *Ob. Cit.*, 27.

con la cosa no es lo que determina la construcción del concepto, sino precisamente que sean bienes económicamente transables, bajo la protección del ordenamiento jurídico.

2.5. TOMA DE POSTURA

El que sea el patrimonio el bien jurídico protegido no es lo mismo que el fundamento de la protección⁶⁸⁴. Ya hemos señalado en páginas anteriores que el bien jurídico es el patrimonio⁶⁸⁵, ahora resta exponer lo que consideramos fundamenta la protección penal del patrimonio y lo que entendemos por aquel. El fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio⁶⁸⁶ está en la necesidad de salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables que pertenecen a una persona, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico o que al menos, revistan una apariencia jurídica de no contrariedad con el ordenamiento jurídico, de acuerdo con la postura mixta o jurídico-económica de patrimonio. Es cierto que los bienes que se encuentran integrados bajo el concepto de patrimonio están ligados a la persona, y que aquella ejerce sobre ellos las acciones que el derecho le ampara.

⁶⁸⁴ Afirmamos en definitiva que lo que siempre se protege en el delito de administración desleal es el patrimonio del sujeto pasivo del delito. Indiferentemente de la discusión sobre las posturas que existen sobre el concepto de patrimonio, considero necesario advertir que se deben delimitar correctamente los dos niveles de discusión que determinan el alcance de la respuesta y toma de postura. El primero en referencia al concepto de patrimonio que debe servir para fundamentar si este elemento debe ser considerado como digno de tutela por parte del Derecho penal. En otras palabras, determinar cuál es el fundamento de la protección penal del patrimonio. El segundo referido al concreto objeto material que integra el patrimonio como objeto idóneo del delito. Es decir, determinar cuál o cuáles son los objetos idóneos para ejercer sobre ellos la acción penal típica. En este sentido, la respuesta que se debe dar a la pregunta de cuál es el objeto jurídico de protección en el delito de administración desleal es doble. Por un lado, se observa que el bien jurídico protegido por el tipo penal es el patrimonio y se debe argumentar cuáles son los fundamentos de este concepto. En segundo lugar, debe establecerse cuáles son los concretos elementos que integran el patrimonio y que son susceptibles de ser perjudicados mediante los comportamientos típicos descritos en el art. 252 CP.

⁶⁸⁵ En este sentido, el patrimonio es el objeto jurídico inmediatamente atacado por las conductas de administración desleal, hemos señalado que esto viene corroborado por la sistemática del precepto, las razones de política-criminal constantes en el Preámbulo y la concreta literalidad del texto.

⁶⁸⁶ Superadas las posturas jurídica y económica del patrimonio.

Sin embargo, el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio no puede ser garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica, porque, aunque esto sea cierto, se encuentra en un nivel de abstracción bastante alejado que repercute en un inadecuado entendimiento de lo que realmente sucede⁶⁸⁷. La garantía de la libertad de disposición económica requiere de una cierta determinación, esta determinación se expresa en los fundamentos que la teoría económica jurídica del patrimonio ha establecido: salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico⁶⁸⁸. Esto quiere decir que, el legislador penal ha querido salvaguardar el poder de disposición o lo que es lo mismo, la garantía de la libertad personal de disposición económica, mediante la protección de los bienes económicamente transables que integran el patrimonio y que se encuentren protegidos por el derecho.

El punto diferenciador de la teoría personal no es por tanto el carácter del fundamento (garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica), sino el hecho de que se quiera derivar de esto diferentes consecuencias. La teoría personal o funcional del patrimonio produce diferentes consecuencias sin utilizar un fundamento especialmente diferente. Porque anudar al objeto de protección las necesidades o finalidades que el sujeto buscaba o perseguía respecto del concreto bien, es confundir la naturaleza de los diferentes elementos típicos⁶⁸⁹. El bien jurídico es el concreto

⁶⁸⁷ En la obra de GALLEGOSOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 226 y ss., se señala que otros autores prefieren hablar del carácter genérico de la instrumentalización o funcionalidad del patrimonio, señalando que para su precisión hay que recurrir al punto de vista del titular del patrimonio o a las concepciones culturales dominantes para establecer criterios normativos que ayuden a determinar cuáles son las relaciones, actos o actividades económicas que sirven para lograr el efectivo desarrollo de la libertad económica.

⁶⁸⁸ Según GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 24, la indeterminación del concepto personal o funcional de patrimonio permitiría configurar al delito de estafa como uno que atenta contra la libertad de disposición y no como un delito contra el patrimonio. Lo mismo se podría señalar del delito de administración desleal, porque el administrador actúa con exceso (abuso) de los límites internos o externos a los que se debe someter para realizar los actos de disposición y los de gestión patrimonial.

⁶⁸⁹ Considero que esto es metodológicamente inadecuado, pero perfectamente posible (e incluso deseable) si se lo realiza adecuadamente y de conformidad a la sistemática del delito. Debe respetarse en el análisis cada uno de los elementos típicos sin confundirlos o al menos señalar

objeto de protección, en el caso de la administración desleal se trata del patrimonio. Esas concretas finalidades o necesidades del sujeto pasivo respecto del objeto material, cuando se integran en la tipicidad deberán ser tomadas en cuenta en la interpretación y análisis⁶⁹⁰. La finalidad del sujeto pasivo constituye el límite de actuación en relación al comportamiento establecido por el tipo, tal es el caso de la administración desleal. Sin embargo, de esta observación no se desprende que el bien jurídico y las finalidades del titular respecto del concreto objeto material estén fusionadas en una única categoría del delito. Es preciso advertir las diferencias materiales, para no confundir en el análisis lo que cada elemento constituye⁶⁹¹.

En el delito de administración desleal se observa con facilidad que no existe dificultad para aceptar que las finalidades del sujeto titular del patrimonio se pueden observar y siempre se han observado en el análisis del comportamiento típico, sin que esto haya repercutido en la construcción de un concepto de patrimonio distinto. Porque el comportamiento típico se produce porque el administrador ha decidido actuar ocasionando una disminución patrimonial y siempre el comportamiento del administrador está fuera de los márgenes lícitos concedidos para actuar sobre aquel. El autor actúa en contra del interés del administrado, en contra de los intereses patrimoniales del

que lo que se está realizando es precisamente un análisis conjunto de los elementos típicos o incluso una fusión de aquellos, esto es lo metodológicamente apropiado y honesto, para entender la lógica de la interpretación.

⁶⁹⁰ Por tanto, en caso de ser requeridas para el análisis, deberán ser observadas e integradas en el análisis típico, pero como parte de la conducta del sujeto pasivo, en relación al comportamiento del sujeto activo que ataca el bien jurídico. Porque en determinados supuestos de los delitos patrimoniales, la concreta finalidad del sujeto pasivo constituye el límite de actuación del comportamiento típico, en algunos supuestos estas finalidades están positivadas en el tipo penal, tal es el caso de la administración desleal, y en otros supuestos no, tal es el caso de la estafa. Los autores parten de esta unión o fusión de elementos para hablar de un concepto dinámico de patrimonio: potencialidad económica, contrario al concepto estático de patrimonio: suma contable. Por ejemplo, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 66 y ss.

⁶⁹¹ Esto quiere decir que, en determinados delitos, el legislador también define (parcialmente) la conducta del sujeto pasivo o por lo menos una parte de aquella. Por ejemplo, en la administración desleal destaca el hecho de que el patrimonio gestionado deslealmente está sometido a unos límites (finalidades, objetivos, directrices, etc.) que previamente la persona titular ha establecido para aquel, porque se gestiona el patrimonio y siempre, para procurar rendimientos o por lo menos, que no se vea mermada la situación de potencia económica.

administrado y como consecuencia, se produce el resultado de perjuicio patrimonial por parte del administrador en contra de lo decidido, o en contra de los intereses del titular de los bienes, lo que supone actuar en contra del mandato recibido.

El administrador dispone u obliga respecto de los bienes, y esa disposición o contracción de obligaciones supone siempre un acto distinto respecto de lo que decidió sobre ellos el titular de los mismos⁶⁹². La decisión del titular del patrimonio respecto de los bienes está contenida en el mandato de que se gestionen aquellos en función del interés propio, en función del interés del titular de los bienes, y no en relación a intereses de terceros, incluidos los del propio administrador⁶⁹³. Porque de lo contrario no habría administración desleal. Si el titular de los bienes ordena o dispone al administrador donar una parte de sus activos a la Iglesia Católica o a cualquier otra institución o persona (física o jurídica), y el administrador así lo hace, ocasionando una disminución patrimonial del patrimonio administrado, este comportamiento es atípico porque el administrador ha actuado o se ha comportado dentro de los límites establecidos y, aunque haya una disminución patrimonial no se puede hablar de perjuicio típico, porque ha mediado el cumplimiento de una disposición (consentimiento) sobre lo que se debe realizar con los componentes patrimoniales⁶⁹⁴.

⁶⁹² Como resaltan PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 79-80, mediante el acto de asunción el administrador se obliga a gestionar el patrimonio de acuerdo con lo que el titular haya determinado, es decir, en función de las finalidades objetivas que normativizan la relación jurídica. El titular del patrimonio cede el ejercicio material sobre los componentes patrimoniales, esperando que el administrador realice su función en pro de sus intereses.

⁶⁹³ Esto quiere decir que, no es que el titular del patrimonio decide en cada momento respecto del destino de los bienes, sino que la decisión sobre el destino de aquellos que debe realizar el administrador, tiene que ser coherente con el mandato previo de gestionar los bienes en función de los intereses patrimoniales del titular del patrimonio administrado. En este sentido, todo comportamiento de administración desleal si es un acto contrario a la decisión o finalidad que sobre los componentes patrimoniales había previamente señalado el titular de aquellos.

⁶⁹⁴ Lo importante a efectos de entender el concepto de patrimonio está en los fundamentos del concepto, las particularidades del concreto comportamiento típico (sea respecto de las conductas típicas o en relación a las finalidades que el titular del patrimonio haya previamente establecido), son sólo eso, cuestiones de tipo objetivo que deberán ser resueltas y discutidas en relación al concreto bien jurídico, sin confundirse los elementos integradores de cada componente típico.

En este sentido, se constata que las soluciones de determinados casos límite (protección penal mediante la estafa de lo poseído por el ladrón o por el receptor, o la no entrega de la contraprestación económica a la prostituta por los servicios sexuales, etc.) reconducibles a la idea de hechos o relaciones patrimoniales contrarias a la ley, a la moral o al orden público, ha servido de pauta para la construcción de la regla general. Lo que no se ha descubierto y analizado es que no existe tal regla general, porque el hecho de que el engañado o defraudado se haya decepcionado respecto de los fines que pretendía con la cosa no es lo que determina la construcción del concepto⁶⁹⁵, sino precisamente que sean bienes económicamente transables que están bajo la protección del ordenamiento jurídico⁶⁹⁶.

Desde esta perspectiva y en relación al concepto de patrimonio, sólo pueden ser objetos patrimoniales aquellas relaciones establecidas por el ordenamiento económico susceptibles de ser consideradas objeto de una transacción económica, es decir, negocios jurídicos regulados por el contrato. El sujeto patrimonial será entonces aquel que ostente el poder de disposición sobre los bienes. Este poder de disposición consiste en el ejercicio de un derecho respecto de un bien o un conjunto de bienes. La posición acogida, limita la protección a los bienes que sean susceptibles de ser económicamente evaluables (teoría jurídica) y, restringe la protección a aquellos bienes que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica (teoría económica). En los casos en los que se precise observar las necesidades y finalidades del titular del patrimonio respecto del bien, se deberá incorporar al análisis típico esta cuestión. Respecto de los elementos integradores del patrimonio susceptibles de ser considerados objeto material en el delito de administración desleal, en

⁶⁹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Los delitos contra la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 59; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa...*, Ob. Cit., 27.

⁶⁹⁶ Las interferencias que pudieran causar en determinados casos la observación de determinados fines y su frustración, son problemas propios del caso particular, que en nada repercuten respecto de la estructura del concepto de patrimonio (reducido teleológicamente mediante la postura mixta). Es decir, en los casos en que quepa deberán ser analizados también los fines y necesidades del titular del patrimonio, sin que esto signifique que nos encontramos ante un patrimonio cuyo fundamento sea distinto.

el próximo capítulo serán tratadas con detenimiento las diferentes posibilidades.

3. OBJETO JURÍDICO PROTEGIDO Y SU REPERCUSIÓN EN LAS DISTINTAS MODALIDADES

Como hemos afirmado antes, en términos generales cabe decir que la doctrina considera que el bien jurídico protegido del delito de administración desleal es el patrimonio⁶⁹⁷. Por tanto, los tipos penales de la administración desleal se caracterizan ante todo por un objeto de protección más amplio, la finalidad de su tipificación es la defensa y protección del patrimonio y no de la propiedad sobre cosas determinadas⁶⁹⁸. Por lo que en ambas modalidades típicas (tipo de abuso o tipo de infidelidad, es decir, ya sea que se trate de ataques patrimoniales con negocio jurídico o sin negocio jurídico, siempre) se trata de delitos patrimoniales⁶⁹⁹, en el que ha de concurrir un perjuicio patrimonial⁷⁰⁰. Esta opinión de la doctrina mayoritaria que implica considerar como objeto jurídico de protección del delito de administración desleal genérica al patrimonio (tal como en el delito de estafa), trae como consecuencia entender la deslealtad o el abuso de confianza tan sólo como una modalidad o forma de ataque del bien jurídico patrimonio y no como un objeto jurídico de protección particular y diferenciado de aquél. Esta forma de realización del tipo justifica el especial merecimiento de pena, es decir, la relación de cuidado que vincula al sujeto activo del delito con el patrimonio lesionado⁷⁰¹. En efecto, el delito

⁶⁹⁷ En general, como afirma NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración fraudulenta...*, *Ob. Cit.*, pág. 16-17, tal y como también nosotros sostenemos, el concepto de patrimonio defendido como objeto jurídico de protección en el delito de administración desleal coincide con el del delito de estafa y recalca que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han construido como concepto económico-jurídico.

⁶⁹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 389.

⁶⁹⁹ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 146.

⁷⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La gestión...», *Ob. Cit.*, pág. 2.

⁷⁰¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 67. Esta autora construye esta opinión citando a varios autores alemanes entre los que encontramos a: HÜBNER, E.: *Leipziger Kommentar StGB*, décima ed., Ed. de Gruyter, Berlín, 1979, § 266; ARZT, G., WEBER, U.: *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 4 (Wirtschaftsstrafen. Vermögensdelikt-Randbereich-Fälschungsdelikte)*, segunda

de administración desleal se construye como un delito de resultado lesivo⁷⁰², porque para su consumación el tipo exige que, a través de cualquiera de las dos modalidades de conducta, se ocasione un efectivo perjuicio para los intereses patrimoniales confiados⁷⁰³. Otro elemento que se desprende de la consideración del patrimonio como bien jurídico protegido, es la forma en la que se evalúa el daño. Al igual que en el delito de estafa, la evaluación del daño se realiza a través del principio del saldo, es decir, una comparación entre el valor del patrimonio antes y después de la comisión del delito⁷⁰⁴. Este y otros particulares, serán analizados posteriormente. Aquí, lo importante es siempre verificar que como consecuencia del comportamiento del administrador en relación a la infracción de los deberes que le competen, se produce un perjuicio patrimonial, ya sea que medie negocio jurídico (relaciones externas) o no (relaciones internas). Y es que este aspecto, bajo qué modalidad de ataque, es como se ejecuta el tipo penal del art. 252 CP.

4. EXCURSO: PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN DE CONFIANZA

Podría sostenerse que, en el tipo penal de administración desleal, se protege la confianza o una relación de confianza⁷⁰⁵. Sin embargo, esto no tiene fundamento en relación a la literalidad del texto⁷⁰⁶. La administración desleal

ed., Ed. Giesecking, Bielefeld, 1989, pág. 45; LENCKNER, T.: «§ 266», en *Strafgesetzbuch. Kommentar*, SHÖNKE, A., SCHRÖDER, H., vigésimo cuarta ed., Ed. C. H. Beck, München, 1991, núm. 1.

⁷⁰² MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de...*, *Ob. Cit.*, pág. 21.

⁷⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito...», *Ob. Cit.*, pág. 272.

⁷⁰⁴ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de...*, *Ob. Cit.*, pág. 26-27. La diferencia resultante se corresponde con la valoración del perjuicio patrimonial. Este autor manifiesta que al apreciar el perjuicio patrimonial existe un aspecto discutido a saber, la equiparación en determinados supuestos entre peligro y lesión, cuando por ejemplo por el peligro que pesa sobre el patrimonio se causa una lesión patrimonial o un perjuicio patrimonial, en definitiva, una pérdida de valor sobre el patrimonio.

⁷⁰⁵ Lo pone de manifiesto GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio...» *Ob. Cit.*, cuarta ed., pág. 419.

⁷⁰⁶ Entre otros, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido...», *Ob. Cit.*, pág. 30; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 320-321 y 554-555; MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico...*, *Ob. Cit.*, pág. 9; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Algunas reflexiones

no protege una relación de confianza⁷⁰⁷. La razón por la que se debe excluir la relación de fidelidad como objeto jurídico de protección del delito de administración desleal está en que el legislador ha configurado el delito como de resultado⁷⁰⁸, puesto que el tipo exige “*un perjuicio al patrimonio administrado*”⁷⁰⁹; y si se hubiera querido sancionar la vulneración de la relación de confianza lo habría construido como un delito de peligro⁷¹⁰. La infracción del deber constituye el desvalor de la acción, pero no el bien jurídico, en la

sobre..., *Ob. Cit.*, pág. 1251 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 138 y ss.; RÍOS CORBACHO, J.: «Aspectos controvertidos...», *Ob. Cit.*, pág. 140.

⁷⁰⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 328-329; FERRÉ OLIVÉ, J.: «La administración social fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 131; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 138-139; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la empresa*, dir. CORCOY BIDASOLO, M., Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 120; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 102-103; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, segunda edición, pág. 366.

⁷⁰⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 231-232. Este autor expresa, que los delitos de resultado se caracterizan por el requerimiento de que la acción vaya seguida, de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. Cuando no está presente esta cualidad nos encontramos ante delitos de mera actividad. No será resultado la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico. Esta cualidad sólo observable en los delitos de resultado tiene las siguientes consecuencias: a) la exigencia de la verificación de la relación de causalidad; y, b) la necesaria determinación del tiempo y lugar de la comisión del delito; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 441-443. Estos penalistas, colocan los delitos de resultado como una especie de delitos en función del comportamiento. Manifiestan que, estos tipos se caracterizan por incriminar la producción de un resultado cualquiera sea la forma de su realización y, precisando la clase de actividad de la que ha de dimanar el resultado dañoso; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 154. Para este jurista, los tipos penales de resultado están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. El resultado exigible es la lesión de un determinado objeto, del objeto material u objeto de la acción. Esto es lo que los diferencian de los demás delitos, denominados delitos de peligro.

⁷⁰⁹ Esta postura estaba corroborada por la sentencia del TS, de acuerdo con la cual, el delito de administración desleal societaria era un delito de resultado, que se evidencia a través del perjuicio económicamente evaluable a los patrimonios de los sujetos pasivos descritos en el tipo penal del suprimido art. 295 CP. En efecto, cuando el TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 374/2008 de 24 junio RJ 2008\4085, Fundamento de Derecho Quinto) afirmó que en lo que se refiere al “*ámbito exclusivo del delito del art. 295 CP, el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes ("depositarios" dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado.*” Y recalca la sentencia, que el “*bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas.*”

⁷¹⁰ CALDERÓN CEREZO, A.: «La administración fraudulenta...», *Ob. Cit.*, pág. 191, para este autor, si el legislador lo hubiera encontrado factible, no tenía otro remedio que adelantar las barreras de protección del bien jurídico bastando para ello el desvalor de la conducta mediante un juicio *ex ante*, protegiendo de esto modo la grave infracción del deber de lealtad.

medida en que se exige una agresión con resultado de daño al patrimonio administrado. En este sentido, la infracción de tal deber constituye tan sólo el medio para producir esta agresión al patrimonio, convirtiéndose en una modalidad específica de ataque para el bien jurídico protegido⁷¹¹. Será suficiente con que concurra la infracción del deber de protección del patrimonio ajeno de quien ostentaba el deber y la verificación del resultado prohibido, sin perjuicio de que esto implique necesariamente la infracción de los deberes jurídico-civiles, legalmente impuestos⁷¹².

Es preciso recordar que el deber de protección patrimonial no supone en *strictu sensu* una relación jurídica que suponga de hecho una situación de confianza. En este sentido, deber tutelar no es lo mismo que gozar de confianza. El deber de lealtad pertenece a un plano jurídico distinto que la existencia fáctica de confianza⁷¹³. Suponer lo contrario traería como consecuencia jurídica entender que el deber de lealtad tiene como contenido normativo la protección de la confianza, lo que debe ser rechazado. La confianza no es más que un supuesto de hecho que explica el origen y extinción de una relación jurídica, mas no constituye el contenido normativo del deber de lealtad. La confianza no es más que un elemento psicológico⁷¹⁴, según el cual, para el perfeccionamiento del negocio jurídico, es necesaria la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte, la situación de confianza no se protege en sí como fin, sino como medio, en su referencia patrimonial, en la medida que su quiebra a través de la infracción del deber de lealtad representa la forma de ataque al bien jurídico protegido⁷¹⁵. Ahora, esto no debe llevarnos a la confusión de entender la quiebra de confianza como deslealtad, como infracción del deber de lealtad, así como a entender que la infracción de este concreto deber jurídico-civil (o societario), presuponga en sí una infracción jurídico penal. La deslealtad misma

⁷¹¹ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos...*, Ob. Cit., pág. 320 y ss.

⁷¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 469.

⁷¹³ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», Ob. Cit., pág. 140.

⁷¹⁴ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios fiduciarios...*, Ob. Cit., pág. 16. Este autor señala que la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones.

⁷¹⁵ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», Ob. Cit., pág. 32.

no debe ser comprendida como frustración de confianza, pues “*leal*” es sólo la descripción de un atributo de una conducta personal, que se ajusta a la determinación de objetivos de la relación jurídica correspondiente⁷¹⁶. Por ejemplo, en el ámbito societario los deberes establecidos en los arts. 225 a 228 del TRLSC. En este sentido la respuesta de lo segundo le otorga un sentido definitivo a lo primero. Pero la cuestión tiene dos posibles respuestas: a) el fundamento material de la infracción lo constituye la posición de dominio sobre el patrimonio ajeno; o, b) el fundamento material de la infracción lo constituye la ostentación de un específico deber.

Por ejemplo, dirá la primera postura: se observa que el ámbito de organización del administrador incluye una especial posición de dominio sobre el patrimonio del sujeto pasivo, y en este sentido, el deber de lealtad es tan sólo una consecuencia de la posición de dominio⁷¹⁷. La segunda postura señalaría lo siguiente: este no es, en el sentido de un ciudadano cualquiera, alguien al que sólo haya que exigírsele no dañar el bien jurídico al que está relacionado jurídicamente, sino que a su posición o rol en el marco del ordenamiento jurídico-económico (con mucha mayor claridad en el específicamente societario) se le impone un especial deber de fomento y ayuda respecto de los bienes jurídicos encomendados en el ejercicio de su cargo o función. En concreto y en general respecto del art. 252 CP, un deber positivo de lealtad respecto del patrimonio ajeno⁷¹⁸. Este deber se encuentra inserto y derivado del deber general de lealtad que el administrador debe respecto del titular del patrimonio ajeno, y que respecto de la sociedad se encuentra normativizado en el art. 227 TRLSC. Por lo que si quien tiene el deber se comporta ya sea mediante acción u omisión de tal modo que el bien jurídico patrimonio se vea perjudicado, lo hace incumpliendo personalmente su deber y así lo hace siempre como autor.

⁷¹⁶ ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración...», *Ob. Cit.*, pág. 140.

⁷¹⁷ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 32.

⁷¹⁸ Revisar esto en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida...», *Ob. Cit.*, pág. 1211.

Esta última forma de solucionar el problema es para nosotros la forma adecuada de entender el delito de administración desleal de patrimonio ajeno. Debemos, sin embargo, recalcar que sólo ante hechos que supongan una grave intervención en la libertad de organización ajena, deberá imputarse jurídico-penalmente. Es decir, que únicamente ante graves infracciones del deber de lealtad patrimonial deberá existir una imputación jurídico-penal. De este modo, normativamente lo que sucede es lo siguiente: se infringe el deber y por ello, se produce el ataque al bien jurídico. El bien jurídico es lo que protege el tipo penal, pero el legislador ha decidido proteger el bien jurídico mediante un mandato, mediante una institución positiva, a través del cumplimiento de un concreto y específico deber del sujeto activo. Son dos planos normativos distintos y muy diferenciados pero que a su vez se encuentran estrechamente relacionados. Con esta explicación, queda descartada suficientemente la posibilidad de considerar que lo que protege el art. 252 CP, sea una especial relación de confianza o incluso la concreta infracción del deber de lealtad.

III. DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO CUANDO EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO SEA EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

1. EL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es indudable que el patrimonio que se protege en el delito de administración desleal del art. 252 CP, por regla general, es el patrimonio de quien coloca en manos de un tercero la administración del mismo. Ahora, en lo que respecta a los supuestos de administración desleal cometidos por el órgano de administración, podría surgir la tentación de asimilar que como el patrimonio de la sociedad a su vez integra el patrimonio de los socios, lo que se protege entonces es el patrimonio de los socios y no el de la sociedad o el patrimonio de los socios a través de la protección del patrimonio social. Por nuestra parte, nosotros descartamos de plano estas posibilidades y consideramos que en estos supuestos no se protege el patrimonio individualmente considerado de los socios de la persona jurídica, sino propia y exclusivamente el patrimonio de la sociedad como persona (jurídica) independiente. Corrobora esta afirmación las disposiciones del TRLSC. En efecto, el art. 226, que estatuye el deber de lealtad, determina que los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, y reafirma que la única forma posible de entender el interés social es como el interés de la sociedad⁷¹⁹. De esto se debe deducir que el patrimonio que se administra y del cual se debe la concreta protección

⁷¹⁹ Por todos, VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, vol. I, vigésimo tercera ed., Valencia, 2012, pág. 470. La doctrina mercantilista ha apuntado que el nuevo art. 226 TRLSC, que exige a los administradores cumplir los deberes que les imponen las leyes y los estatutos, con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad, se explica aceptando que se ha impuesto una corriente legislativa comparada más institucionalista. Además, no es menos importante observar que la enmienda núm. 49 del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados sustituyó la expresión “*el interés social, entendido como interés común a todos los socios*” (BOCE, Congreso de los Diputados, 28 marzo 2003, pág. 5) por la frase “*entendido como interés de la sociedad*”. Esto será relevante a efectos de interpretar esta disposición. Esta idea debe servir de fundamento para la interpretación de las normas que entran en contacto con aquella, tal es el caso del art. 252 CP.

patrimonial es el patrimonio social, el patrimonio de la sociedad y no el de los socios individualmente considerados.

En los supuestos de administración desleal cometidos por el órgano de administración, el patrimonio social forma parte del bien jurídico protegido en la medida en que la sociedad es la titular del objeto de la acción: “*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno..., las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera causen un perjuicio al patrimonio administrado...*”⁷²⁰. Porque, si se sostiene que lo que se protege es el patrimonio de los socios y no el de la sociedad, eso equivaldría a excluir el patrimonio de la sociedad del objeto jurídico de protección, de este modo, debemos en coherencia, también excluir la posibilidad de que la sociedad sea sujeto pasivo del delito, esto conduciría a problemas probatorios que convertirían prácticamente en inútil el tipo penal de administración desleal en estos supuestos. Sin olvidarnos que el legislador ha pensado en construir el desvalor a través de la infracción de los deberes de fidelidad y lealtad a los que se encuentra obligado el administrador frente a la sociedad: “*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley...*”, por lo que resultaría absurdo que quede impune el perjuicio patrimonial de aquella⁷²¹. Realmente es el patrimonio administrado el bien jurídico, en estos casos, el patrimonio social, porque el autor no tiene competencias sobre los patrimonios de los socios.

Regresemos un momento al planteamiento de la postura respecto del art. 295 CP, para entender cuáles eran (o pueden ser) los fundamentos de aquella. La idea de considerar que, en los supuestos de administración desleal del órgano de administración, el patrimonio que se protege es el patrimonio de los socios⁷²², tendría su fundamento en la idea de la titularidad del patrimonio

⁷²⁰ En sentido similar se expresaba respecto de la administración desleal específicamente societaria, FARALDO CABANA, P.: «Consentimiento de la...», *Ob. Cit.*, pág. 206, quien hacía mención directa al texto del tipo: *los bienes de la sociedad* y de los bienes valores y/o capital administrados

⁷²¹ DEL ROSAL BLASCO, B.: «Algunas reflexiones sobre...», *Ob. Cit.*, 1253.

⁷²² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 124, así se explicaba usualmente la referencia que en el propio tipo penal existía respecto del patrimonio de los socios, en el suprimido tipo de administración desleal específicamente societaria.

social por parte de aquellos. Por lo que si se entiende que la sociedad es la totalidad de los socios⁷²³ entonces, el patrimonio de aquellos se encuentra también constituido por el patrimonio de la sociedad y, por ende, es plausible y necesaria su protección. Esta idea fue desarrollada respecto de la administración desleal específicamente societaria, y se entendía que, de no considerarse así, los graves ataques contra el patrimonio de la sociedad no estarían subsumidos en el tipo de administración desleal societaria, porque el tipo no lo establecía. Sin embargo, aunque haya sido muy loable la finalidad de la construcción dogmática, que buscaba salvar el error en el que incurrió el legislador al no haber establecido como sujeto pasivo del delito a la sociedad, se incurrió en otro error a mi juicio más grave todavía. Porque, aunque es perfectamente asumible la necesaria protección del patrimonio de los socios y de la sociedad, esto no debe repercutir en la incorrecta identificación entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios individualmente considerados, al menos no a una identificación total.

La sociedad es una persona (jurídica) distinta de cada uno de los socios y tiene, por tanto, un interés también distinto⁷²⁴. La consecución de ese interés debe realizarse observando las reglas que el ordenamiento ha determinado para el efecto, sin que se confundan los intereses⁷²⁵. La administración de la sociedad

⁷²³ QUINTERO OLIVARES, G.: «Límites problemáticos...», *Ob. Cit.*, pág. 51.

⁷²⁴ Por todos, VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho...*, *Ob. Cit.*, pág. 463 y ss. Lo primero que debemos entender es que la sociedad se constituye mediante un contrato de sociedad, celebrado entre dos o más fundadores o mediante un negocio jurídico unilateral de constitución de sociedad unipersonal. Los tres elementos esenciales del contrato de sociedad son: consentimiento, objeto y causa, como en todo tipo de contrato de conformidad al art. 1261 CC. El consentimiento puede darse en cualquier forma. El objeto se ha referido por la doctrina a las obligaciones, a las aportaciones de los socios y a la actividad económica con cuya explotación los socios piensan obtener beneficios repartibles. El objeto tiene especial interés en su última acepción, porque la actividad económica a que se dedique la sociedad tiene que ser lícita, posible y determinada. Por último, la causa o interés social está relacionado con el principio configurador del ánimo de lucro y se define objetivamente como la finalidad de los socios de obtener beneficios sociales repartibles dentro de la sociedad. Sin embargo, alrededor de este concepto se han suscitado muchas discusiones doctrinales. La doctrina acepta varios puntos de partida que no se discuten: 1) que el interés social no puede ser identificado con el interés de la mayoría; 2) puede haber varios "intereses sociales" alternativos, según la interpretación de la mayoría y de la minoría; 3) la elección del "interés social" a seguir debe corresponder a la mayoría; y 4) esta elección debe respetar unos límites.

⁷²⁵ Para SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002, pág. 1658 y ss., los

debe responder a los intereses de la sociedad y no a los intereses de los socios. Deberá conciliar para su actuación, los intereses de los socios, los trabajadores, los acreedores, los consumidores y los ciudadanos en general. Esto es sólo posible si se realiza una diferenciación entre los ámbitos de organización que existen entre la sociedad y los socios individualmente considerados. Si se identifica el patrimonio social con el patrimonio de los socios, se corre el riesgo de que esta delimitación normativa quede difuminada⁷²⁶. Y aunque es perfectamente deseable que se proteja tanto el patrimonio de los socios como el de la sociedad, el delito de administración desleal protege de forma inmediata únicamente el patrimonio administrado. De no aceptarse esta premisa básica, determinados supuestos de administración desleal quedarían en la impunidad. Por ejemplo, si se identifica el interés de los socios con el interés social, cuando la mayoría social disponga realizar un acto contrario a los

escándalos empresariales y la crisis económica global han hecho repensar el contenido normativo del concepto de interés social. Este mismo autor, en su trabajo «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, coords. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., vol. 2, Pamplona, 2006, pág. 905 y ss., afirma que el interés social apunta siempre, sea cual sea la opción que se quiera acoger en su entendimiento, a un problema básico de asignación de recursos. Se trata de establecer un criterio que determine cómo debe administrarse el patrimonio de la sociedad y los resultados generados con su actividad. Orientar el interés social en una u otra dirección es apuntar como beneficiarios de esos elementos patrimoniales a unos u otros sujetos. Definir el interés social tiene un propósito primordial: sentar una regla tajante en el comportamiento de los administradores, a favor de la primacía del interés de la sociedad sobre cualquier otro que pudiera proyectarse sobre la actuación de los administradores.

⁷²⁶ Sobre estas cuestiones, ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 582 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G.: «Interés Social, Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en *Responsabilidad Social Corporativa*, Universidad Jaume I, 2005, pág. 25. Las ideas que se exponen tienen de trasfondo la discusión que en la doctrina societaria existe sobre si se acepta la teoría monista o la teoría institucionalista. Según la teoría monista o contractualista el interés social es el interés común de los socios. En esta teoría se identifica de manera total el interés social con el ánimo de lucro que inspira y es la causa del contrato de sociedad. Como consecuencia, el órgano de administración debe ejercer su actividad cuidando no perseguir intereses que no correspondan con el interés común de los socios. El interés social bajo la teoría institucionalista o pluralista observa en su conjunto a todas las partes implicadas o afectadas por el ejercicio de la actividad empresarial. El interés social vendría a constituir el interés común, no sólo de los socios sino también de otros grupos o personas implicadas o afectadas por la acción de la sociedad, tales como los trabajadores o los acreedores. Como consecuencia, los administradores en su gestión deberán promover, además de los intereses de los socios, los intereses de otros sujetos que se vean involucrados en la gestión social. Deberá conciliar todos los intereses, y en esa medida, no satisface plenamente sus obligaciones con la mera garantía de los intereses lucrativos de los socios.

intereses sociales, no responde el administrador (entre otras razones porque él no toma la decisión). La cuestión no es menos importante, porque hubo jurisprudencia que entendió que esto era así⁷²⁷.

Se corrobora la aplicación de esta tesis en la sentencia 255/2002 de la Audiencia Provincial de Castellón⁷²⁸, que sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal societaria, se correspondía con la integridad del patrimonio social, así como con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto, entre ellos los socios⁷²⁹ y, los denominados *“titulares de los bienes, valores o capital que administren”*. Esto implicaba la posibilidad de que la propia sociedad sea también sujeto pasivo del delito, concluyendo que el perjuicio causado a la sociedad se subsume también en el tipo penal. Si la disposición de los bienes de la sociedad es el origen de un perjuicio para los socios, significa que, de manera previa o simultánea, se ha causado un perjuicio al patrimonio de la sociedad. Así mismo, el Tribunal Supremo en la sentencia 769/2006 de 7 de junio, afirmaba que en el *“ámbito exclusivo de la administración desleal (específicamente societaria), es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico”*⁷³⁰. Además, este mismo órgano jurisdiccional en la sentencia 867/2002 de 29 de julio, manifiesta que en el delito de administración desleal específicamente societaria, *“se infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, causando un perjuicio como consecuencia de actos de administración”*, y

⁷²⁷ Está claro que se lo hacía para aceptar que de este modo sí estaba incluido como objeto jurídico de protección el patrimonio social, sin embargo, nada garantiza que se realice la operación mental contraria para interpretar que como se identifican los patrimonios, determinadas decisiones que perjudiquen al patrimonio social, como están amparadas por la decisión de la mayoría del capital social (consentimiento), no son típicas. Esto es rechazable.

⁷²⁸ Sentencia AP de Castellón, sec. segunda de 23 de septiembre de 2002, núm. 255/2002, recurso 165/2002.

⁷²⁹ Señala además que, el interés de la sociedad no ha de coincidir necesariamente con el interés de los socios en la medida en que un socio puede causar un perjuicio a los demás «socios», quienes se convertirían en los perjudicados, todo esto: en su propio y personal beneficio.

⁷³⁰ STS 769/2006 de 7 junio, RJ 2006\7000. Fundamento de Derecho Segundo.

aclara que estos “*actos de disposición*”, se realizan, “*sobre bienes de la sociedad o suscripción de obligaciones a su cargo*”⁷³¹, con lo que podemos afirmar que para la doctrina del Tribunal Supremo, el patrimonio de la sociedad se incluía como bien jurídico protegido en la administración desleal específicamente societaria. Esta doctrina jurisprudencial, le permite sostener al propio Tribunal Supremo (en la sentencia del popularmente denominado Caso Banesto, en la que se afirmaba), que las conductas delictivas de administración desleal causan un “*perjuicio económico a la sociedad*”⁷³². Por otro lado, el Tribunal Supremo en la sentencia 374/2008 de 24 de junio parece que va a dar un giro sobre la cuestión, sin embargo, afirma exactamente lo mismo. La sentencia consideraba que el delito de administración desleal específicamente societaria era un delito de resultado⁷³³, que se evidencia a través del perjuicio económicamente evaluable a los patrimonios de los sujetos pasivos descritos en el tipo penal. Cuando afirma que⁷³⁴, “*el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes (“depositarios” dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado.*” Y recalca la sentencia, que el “*bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de*

⁷³¹ STS 623/2009 de 19 mayo, RJ 2009\4874. Fundamento de Derecho Primero.

⁷³² STS 867/2002 de 29 julio, RJ 2002\6357.

⁷³³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 231-232. Este autor expresa, que los delitos de resultado se caracterizan por el requerimiento de que la acción, vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. Cuando no está presente esta cualidad nos encontramos ante delitos de mera actividad. No será resultado la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico. Esta cualidad sólo observable en los delitos de resultado tiene las siguientes consecuencias: a) la exigencia de la verificación de la relación de causalidad; y, b) la necesaria determinación del tiempo y lugar de la comisión del delito; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 441-443. Estos penalistas, colocan los delitos de resultado como una especie de delitos en función del comportamiento. Manifiestan que, estos tipos se caracterizan por incriminar la producción de un resultado cualquiera sea la forma de su realización y, precisando la clase de actividad de la que ha de dimanar el resultado dañoso; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 154. Para este jurista, los tipos penales de resultado están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. El resultado exigible es la lesión de un determinado objeto, del objeto material u objeto de la acción. Esto es aquello que lo diferencia de los demás delitos, denominados delitos de peligro.

⁷³⁴ STS 374/2008 de 24 junio, RJ 2008\4085, Fundamento de Derecho Quinto.

tales personas.” La sentencia diferencia entre sujeto pasivo de la acción⁷³⁵ y sujeto pasivo del delito⁷³⁶, afirmando que el primero es *“aquel sobre el que recae la conducta delictiva”* y el segundo, es el *“titular del bien jurídico protegido”*, para especificar que en el delito de administración desleal específicamente societaria, el *“sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material”⁷³⁷, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad.* En esta sentencia, el Tribunal Supremo, no tiene reparos en afirmar que resulta *“paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir “depositantes”), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”.*”. Aclara, que esta no inclusión en el texto de la ley *“se ha*

⁷³⁵ COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 361. Estos autores señalan la necesidad de distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción, observando incluso que en la normalidad de los supuestos suelen coincidir. Afirman que sujeto pasivo de la acción es la persona sobre la que, eventualmente, recae la acción punible; por tanto, como afirma MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 230, el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción. Sólo en los delitos contra las personas coinciden ambos sujetos; en definitiva, como expresa BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 276, no hay que confundir entre estos sujetos, pues no necesariamente coinciden.

⁷³⁶ Para COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 361, el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta, sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición de sujeto pasivo. En el mismo sentido, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 230, quien citando a ANTOLISEI sostiene que, el sujeto pasivo del delito es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 384, manifiesta que, pueden ser sujetos pasivos del delito la persona tanto física como jurídica y esta última salvo en los delitos contra el honor. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 276, añade que, por definición cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito incluida la comunidad o el Estado.

⁷³⁷ Para BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 276, el objeto material es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva, diferenciándose del objeto jurídico o bien jurídico protegido. Así mismo MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 231, sostiene que, la distinción entre estos objetos no implica su coincidencia como en los supuestos de homicidio y delitos de lesiones. Contrariamente para ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 62, quien expresa que a veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.” Es interesante y esclarecedor, observar que, la sentencia al manifestar que el delito de administración desleal es uno de resultado, lo hace afirmando que este resultado, *“precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones.”*⁷³⁸

En la sentencia del Tribunal Supremo 91/2010 de 15 de febrero, se mantiene la solución aportada por la anterior sentencia citada⁷³⁹. En esta sentencia se afirma que *“el resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios”*. De este modo, mediante ésta consolidada interpretación sobre el tipo de administración desleal específicamente societaria y su objeto de protección, las dudas hermenéuticas sobre si se debía incluir el patrimonio de la sociedad como bien jurídico protegido, quedaban resueltas. Por lo que, de la interpretación del Tribunal Supremo se debía entender que las conductas típicas se realizaban en referencia al patrimonio de la sociedad. En efecto, señala la referida sentencia que *“no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación”*, por

⁷³⁸ En otro orden de cosas, en esta sentencia se afirma que, el daño observado en el resultado debe ser reconducible o expresarse a través de *“un "perjuicio económicamente evaluable", entendiendo por "perjuicio" tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. "Económicamente evaluable" significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial. En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren -como se dice en la STS 841/2006 de 17.7 (RJ 2006, 7697)- la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal”,* el perjuicio que en definitiva ha recaído directamente sobre el sujeto pasivo del delito: la sociedad, y que se evidencia en el patrimonio de la misma, como objeto directo e inmediato de la acción.

⁷³⁹ STS 91/2010 de 15 febrero, RJ 2010\3278, Fundamento de Derecho Segundo.

tanto, ya se trate de una operación que se ubique en el activo o en el pasivo, siempre que la operación sea “*económicamente evaluable*”, se puede afirmar, tal y como lo hace el Tribunal Supremo en la sentencia citada, que “*no solamente se perjudica a la sociedad, sino también a los socios*”. Si las referidas operaciones ejecutadas por los posibles sujetos activos del delito, se han ejecutado sobre el patrimonio de la sociedad, “*redundan en detrimento de los intereses patrimoniales de sus socios, y, por ende, han resultado típicamente perjudicados*.” Así, jurisprudencia y doctrina asumían que el texto del art. 295 CP, era claramente erróneo, pues se refería a un perjuicio ocasionado directamente a los socios, no obstante, la evidencia demuestra que el perjuicio de cada socio sólo sería posible indirectamente a través del perjuicio a la sociedad⁷⁴⁰.

Cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia, consideraban que la no inclusión del patrimonio de la sociedad como bien jurídico protegido fue lo más apropiado⁷⁴¹ y, por tanto, se consideraban poco acertadas y por lo menos discutibles, las tesis que intentaban incluir el patrimonio social dentro del bien jurídico protegido, ya que son interpretaciones que no se desprenden de la literalidad del precepto⁷⁴². Este criterio tiene como fundamento la diferenciación entre los patrimonios de los socios y el de la sociedad⁷⁴³, idea que hunde su explicación y fundamentos en la concepción institucional del interés social⁷⁴⁴, contrapuesta a la concepción contractualista o monista del interés social y que conduce a la conclusión de una personalidad completamente diferenciada y por tanto un patrimonio autónomo. Así, en la sentencia 69/1999⁷⁴⁵ de la Audiencia Provincial de Jaén, el delito de administración desleal específicamente societaria, se contrae “*al patrimonio de los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que*

⁷⁴⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad...*, Ob. Cit., pág. 202.

⁷⁴¹ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 254.

⁷⁴² MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 457.

⁷⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, Ob. Cit., pág. 553.

⁷⁴⁴ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit., pág. 219.

⁷⁴⁵ SAP Jaén 69/1999 de 3 de noviembre, sec. Primera, recurso 31/1999.

se administran, dejando completamente inerte frente a estos ataques al patrimonio social". Y agrega que, a diferencia de lo que decía el art. 302 del Proyecto de CP de 1992 donde se preveía el perjuicio de la sociedad, en el "art. 295 este perjuicio no se exigía, y por ello el patrimonio social, por extraño que parezca, carece de protección penal". Indiferentemente de toda la discusión, es de destacar que se haya utilizado esta forma de interpretar el suprimido art. 295 CP, porque de lo contrario, su aplicabilidad hubiese sido prácticamente nula⁷⁴⁶.

A partir de la reforma operada por la LO 1/2015, las dudas sobre esta cuestión deberían quedar completamente satisfechas. La vigencia de un tipo penal genérico de administración desleal, que exige un perjuicio al patrimonio administrado, nos permite sostener que lo que se protege en los supuestos de administración desleal del órgano de administración es el patrimonio de la sociedad, el patrimonio social⁷⁴⁷. Las razones están enunciadas a lo largo de todo este apartado, valga la oportunidad para resumirlas: a) porque no se desprende de la literalidad del texto. El art. 252 CP exige un perjuicio al patrimonio administrado, por lo que, en los referidos supuestos, el patrimonio perjudicado sería el patrimonio social; y, b) tampoco se corresponde con el moderno entendimiento de la sociedad desde la concepción institucional de interés social⁷⁴⁸. Según esta concepción, existe un interés institucional de la sociedad, independiente y superior al del interés de los socios. Este interés de la sociedad, obliga a los administradores a actuar en función de aquel y no a

⁷⁴⁶ Quedan pocas dudas de si tal vez, la mejor opción hubiese sido directamente en todos los casos de administración desleal societaria o no, aplicar el antiguo 252, en la modalidad de distracción de dinero, que en toda regla era un tipo de administración desleal genérica y evitar así realizar interpretaciones extensivas y completamente ajenas al texto de la ley, porque esto equivale muchas veces a que el juez se convierta en legislador y por qué, no prevaricador.

⁷⁴⁷ Por lo que sería discutible cualquier intento de interpretar esta cuestión en sentido opuesto.

⁷⁴⁸ La situación actual ha empujado a la incorporación normativa de límites y restricciones para la consecución del lucro o enriquecimiento por medio del contrato social. Es un hecho ineludible la presencia constante de las normas del Buen Gobierno Corporativo a nivel de regulación y autorregulación. Los defensores del *Corporate Governance* constantemente afirman la necesidad de que la sociedad no ha de tener como fin exclusivo la creación de valor para el accionista. Sobre esta última idea revisar, por ejemplo, EMBID IRUJO, J.: «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, 2004, pág. 14.

disposición de lo que los socios deseen⁷⁴⁹. Por esta razón se explica que ante demandas de contenido expresamente ilegal y en perjuicio de la sociedad, aunque sean a solicitud del órgano máximo de gobierno, la Junta General, el órgano de administración tiene la obligación jurídica, en cumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad debidos a la sociedad, de no cumplirlos. Además, desde esta opción se permitiría conciliar los intereses y protecciones normativas de los derechos de los socios minoritarios, los acreedores, trabajadores y terceros en general. Por lo que cabe deducir una diferencia material y formal entre patrimonio de los socios y patrimonio de la sociedad, porque son personalidades jurídicas diferentes. Lo que nos obliga a rechazar tajantemente que, aunque sea cierto que los perjuicios ocasionados al patrimonio social⁷⁵⁰ “*redundan en detrimento de los intereses patrimoniales de sus socios*”, como es obvio, no por eso, se debe entender que el perjuicio ocasionado a los socios condicione un entendimiento tal, que se afirme que también los socios y sus patrimonios “*han resultado típicamente perjudicados*”. Esta opción deber ser rechazada porque hace perder el sentido normativo de la administración desleal, de los deberes de los administradores y de la diferente naturaleza material y real que existe entre los patrimonios de los socios y de la sociedad individualmente considerados.

⁷⁴⁹ Modernamente, en la misma línea de las corrientes institucionalistas existe una doctrina que actualiza la idea de la protección mancomunada de todos los intereses en juego. Se denomina *stakeholder theory* o teoría de los valores compartidos. Para PORTER, M., KRAMER, M.: «La creación de valor compartido: como reinventar el capitalismo y liberar una oleada de innovación y crecimiento», en *Harvard Business Review* (edición para América latina), Ed. Impact Media Comercial, enero-febrero de 2011, vol. 89, núm. 1, Chile, 2010, pág. 36, el concepto de valor compartido puede ser definido como las políticas y prácticas operacionales que mejoran la competitividad de una empresa a la vez que ayudan a mejorar las condiciones económicas y sociales en las comunidades donde opera. La creación de valor compartido se enfoca en identificar y expandir las conexiones entre los progresos económico y social.

⁷⁵⁰ Así, en sentido argumentativo opuesto debe rechazarse la solución ofrecida por la STS 91/2010 de 15 febrero, RJ 2010\3278, Fundamento de Derecho Segundo.

2. ¿LA ESTABILIDAD Y CONSERVACIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL TRÁFICO JURÍDICO-ECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO?

Aunque ya nos hemos referido a esta tesis en apartados anteriores del presente trabajo, vamos ahora a hacerlo en relación a la administración desleal del órgano de administración. La razón está en que también, desde esta perspectiva, se podría asumir que, en estos supuestos, en los que actúe el órgano de administración, se protege de manera inmediata aquello que se sostuvo respecto del suprimido art. 295 CP, posición que debemos rechazar fundadamente. En este sentido, el planteamiento propugnado por MAYO CALDERÓN consistía en asegurar que el bien jurídico que se protegía en el tipo penal de administración desleal societaria se correspondía con la permanencia de la sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico. Lo que no se entendía a partir de sostener que lo injusto específico del delito de administración fraudulenta estaba determinado por la realización de conductas propias de la esfera de dominio que sobre el patrimonio ajeno tiene el sujeto que ostenta las mismas facultades de disposición que el propietario⁷⁵¹, y por tanto, no era necesario que el sujeto activo realice un acto de apropiación que se encuentre fuera del marco de los concretos deberes (apropiación indebida⁷⁵²), sino que por el contrario, puede configurarse la conducta precisamente cuando abusa (se excede) de unas determinadas facultades concedidas sobre el patrimonio ajeno, configurando así un perjuicio patrimonial del patrimonio ajeno realizado en el marco societario⁷⁵³. Como se puede observar, esta postura

⁷⁵¹ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit. pág. 176.

⁷⁵² En relación con la determinación del ámbito de aplicación del delito de administración desleal y el de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero, hay bastante jurisprudencia. Nos remitimos al capítulo que sobre la cuestión trata, el de la explicación de la positivización del art. 252 CP. Dejar anotado que la jurisprudencia estaba empeñada en realizar la adecuada delimitación y diferenciación entre ambos delitos, así se sostuvo que el primero tenía que realizarse dentro de las funciones y competencias del administrador, mientras que en el segundo se extralimitaba de esas funciones.

⁷⁵³ Para esta postura es de trascendental importancia el concepto de sociedad. En este sentido, resulta oportuno abordar de manera aproximativa el concepto de sociedad que rige en torno a los delitos societarios. Para abordar el concepto jurídico penal de sociedad es necesario atender a lo que establece el art. 297 de la ley sustantiva penal, que ofrece un concepto normativo de sociedad, a saber: “A los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de

explicaba adecuadamente que el fundamento de la punición de la administración desleal, tal y como nosotros consideramos que ocurre en el actual art. 252 CP, es la concreta infracción de las facultades para administrar el patrimonio ajeno⁷⁵⁴, facultades de las que deriva un concreto deber de protección patrimonial⁷⁵⁵. Por lo que la infracción de este deber (de protección patrimonial) tiene como resultado el ataque en términos de perjuicio, al bien jurídico que debía proteger.

Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado." El art. 297 CP, ofrece un concepto normativo de sociedad, no un concepto técnico a efecto de los delitos societarios, que recoge una enumeración ejemplificativa de diversas formas societarias, que no es precisamente afortunada, conteniendo una definición de sociedad paradójica, caracterizada por destacadas omisiones, por su excesivo casuismo, así como por la imprecisión de determinadas expresiones. Pero en cualquier caso parece que el final del precepto supone la inclusión de una cláusula general de recogida de tal forma que las anteriores modalidades no son más que ejemplos, por muy casuístico que se diga que es el artículo. Las conductas que se sancionaban en el delito societario se realizaban en los supuestos de sociedades constituidas o en formación. Se podía interpretar erróneamente que el artículo 295 CP realizaba una diferenciación de dos sociedades de distinta naturaleza, cuando en términos estrictamente legales se puede afirmar que se trataba de estados de la sociedad que respondían a momentos distintos y con características no particularmente alejadas. El acto de constitución no se realiza en un acto único. Constituye un cúmulo de actos con procedimientos definidos y reglados que deben cumplir un sin número de requisitos establecidos de manera sistemática en las diferentes normativas. La calidad de sociedad constituida supone la realización de un conjunto de actos. Es una característica de la sociedad que repercute en el nacimiento de la personalidad jurídica. La exigencia de estos requisitos para la constitución de una sociedad es lo que permite diferenciar entre: a) sociedad en formación, como aquella que existe durante el tiempo que transcurre entre el acuerdo de constituir la sociedad o de otorgar el contrato en escritura pública y el de la inscripción en el Registro Mercantil; y, b) la sociedad irregular o sociedad de hecho, aquella que no ha cumplido las formalidades que precisa para su constitución. Se identifica además con la sociedad tácita, la fundada en un consentimiento no formalizado y que carece de forma, sin embargo, posee personalidad mientras goce de publicidad de hecho. El Código Penal oponía los conceptos de sociedad constituida y sociedad en formación. Para lograr subsumir los actos de administración desleal realizados por administradores o socios de sociedades irregulares se debía asimilar al concepto de sociedades en formación. Por último, el concepto de sociedad debe ser abordado desde la perspectiva de su naturaleza: civiles o mercantiles. El art. 297 CP, en la expresión sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado, enlazaba el objeto de protección a los supuestos que se realicen en el seno de sociedades cuyo objeto sea el mercantil, como realizar actos de comercio, por lo que afirmamos que aún en los supuestos de sociedades de naturaleza civil, más cuyo objeto de transacción es mercantil, estaban subsumidas en la consideración de sociedades en el sentido jurídico penal.

⁷⁵⁴ Se podría sugerir a la par, que se trata de un perjuicio patrimonial causado mediante la infracción de las referidas facultades.

⁷⁵⁵ Por tanto, en cuanto a la fundamentación del injusto, existe coincidencia normativa en ambos preceptos.

Según la tesis de MAYO CALDERÓN se hace necesario: a) tutelar los intereses de una pluralidad de sujetos que en el caso del delito de administración desleal societaria girarán en torno al interés común de la “*permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico y económico*”. En este punto se observa que los sujetos portadores de este concreto interés se encuentran además en una situación de indefensión en la medida en que los administradores poseen un monopolio jurídico en la gestión del “*patrimonio*”, situación que ha sido configurada normativamente por el sistema social, encajando plenamente en la función positiva⁷⁵⁶ del bien jurídico colectivo; y, b) además, como es fundamental para el desarrollo del sistema económico favorecer la participación de los ciudadanos en los diferentes mercados de la economía, es necesario que el sistema sea capaz de defender a los sujetos que participan en aquél, de los comportamientos que el propio sistema ha colocado funcionalmente en una situación privilegiada.

Toda esta explicación tenía como presupuesto determinar si el patrimonio de la sociedad es identificable conceptual y materialmente con el patrimonio de los socios⁷⁵⁷ o no. En este sentido, MAYO CALDERÓN aseguraba que, para la doctrina penal española, existe unanimidad en identificar estos dos patrimonios⁷⁵⁸. Sin embargo, señalaba que para la doctrina alemana y

⁷⁵⁶ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit. pág. 77 y ss., para esta autora, la función positiva de los bienes jurídicos colectivos consiste en la creación y configuración de espacios que delimiten las condiciones en las que los bienes jurídicos a los que complementan, es decir los bienes jurídicos individuales, puedan cumplir realmente una concreta función social para todos y cada uno de los ciudadanos.

⁷⁵⁷ Recordemos que esta es la discusión acerca de si se acepta la teoría monista/contractualista o si por el contrario rige la tesis institucional. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El interés social...», Ob. Cit., pág. 1658 y ss., señala que con la determinación del interés social se trata de establecer un criterio que determine cómo debe de administrarse el patrimonio de la sociedad y los resultados generados con su actividad. El mismo autor en «Creación de valor...», Ob. Cit., pág. 905, expresa que definir el interés social tiene un propósito primordial: sentar una regla tajante en el comportamiento de los administradores, a favor de la primacía del interés de la sociedad sobre cualquier otro que pudiera proyectarse sobre la actuación de los administradores.

⁷⁵⁸ Sobre la teoría monista y la teoría institucional del interés social, revisar: ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión...*, Ob. Cit., pág. 580 y ss.; el mismo autor en «Interés Social, Buen Gobierno...», Ob. Cit., pág. 25. Para quien, esta postura se corresponde con la denominada teoría monista o contractualista del interés social, que surge en Estados Unidos de Norteamérica, en la finalidad de establecer un marco de interpretación de la norma que garantice la mejor y mayor independencia de los empresarios en el ejercicio de la actividad económica. Esta teoría tiene como fundamento la libertad de mercado como criterio ordenador de la economía en general y

el Tribunal Supremo Alemán (BGH) no es factible esta asimilación conceptual y material, por cuanto el interés de la sociedad difiere del interés de los socios^{759 760}. La postura analizada tomó como fundamento la no identificación material entre los patrimonios. Para el Derecho mercantil, el patrimonio de los socios es independiente del patrimonio de la sociedad. La autonomía patrimonial se convierte en uno de los presupuestos de la individualizada personalidad jurídica de la sociedad⁷⁶¹. En efecto, como hemos visto en los apartados previos, la identificación entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios surge de la concepción contractualista o monista de la sociedad, según la cual, el interés social de la sociedad es el interés de todos los socios⁷⁶². A esta idea, se opone la concepción institucional de interés social,

este sentido, es el mercado quien procura la eficiencia económica. Éste ha sido el criterio que mayor acogida ha tenido en la doctrina y jurisprudencia al momento de interpretar la norma sobre el interés social. Desde esta perspectiva el interés social es *“el interés común de los socios”*. Desde esta perspectiva, los administradores deben ejercer su actividad procurando alcanzar un fin lucrativo que se expresa en la maximización del beneficio y minimización de costes, maximización de los dividendos y, incremento constante de la productividad en términos de eficiencia (mayor producción con la misma capacidad instalada) y eficacia (reducción de errores en términos de calidad).

⁷⁵⁹ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit. pág. 126.

⁷⁶⁰ ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión...*, Ob. Cit., pág. 161 y ss.; 233 y ss. En efecto, esta postura surge en Alemania, y se construye en función de la teoría de la empresa y la positivización en 1937 de la cláusula del bien común a través del §70.1, de la ley mercantil alemana. El texto de la citada norma establecía que el Consejo de Dirección gestione la sociedad *“según las exigencias de los intereses de la empresa, de los trabajadores y del bien común del pueblo y del Reich”*. Una norma que viene informada por los fundamentos del nacionalsocialismo. Sin embargo, como afirma este mismo autor, esta norma fue luego reformada. En efecto, en 1965 pasó a ubicarse en el §76, eliminándose la cláusula del bien común y señalando el deber de administrar la sociedad bajo la propia responsabilidad ex §73. Esto sin embargo no produjo una reconducción de la interpretación sobre el interés social, por lo que dentro de los deberes de gestión de los administradores se incluía la persecución de los intereses colectivos, en la medida en que la doctrina mayoritaria sostenía que la cláusula del bien común se encontraba implícita y era inmanente de la normativa vigente.

⁷⁶¹ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit. pág. 128.

⁷⁶² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El interés social...», Ob. Cit., pág. 1663, para quien, en la actualidad esta teoría, en su versión moderna, se encuentra vigente, especialmente por su aplicabilidad en el contorno normativo de las grandes sociedades cotizadas, según la cual se entiende al interés social como *“la creación de valor para el accionista”*; en el mismo sentido, para ESTEBAN VELASCO, G.: «Interés Social, Buen Gobierno...», Ob. Cit., pág. 33, quien sostiene que, desde esta perspectiva se entiende que el interés social no implica ya la idea de un beneficio económico que se concrete en unos mayores dividendos, sino un interés social que busca la maximización del valor actual de las acciones, una concepción que se tiene como fundamento racional lo que se ha denominado el capitalismo de los inversionistas. Por tanto, los administradores como órgano societario encargado de la gestión de la sociedad, en el ejercicio

según la cual existe un interés institucional de la sociedad, independiente y superior al de los socios, que obliga a los administradores a actuar en función de aquel y no a disposición de lo que los socios deseen. Esto permitiría conciliar los intereses y protecciones normativas de los derechos de los socios minoritarios, los acreedores, trabajadores y terceros en general. Entonces, en función de este concreto interés social concebido desde una perspectiva institucional, se supone la necesidad de tutelar en este ámbito un bien jurídico colectivo, identificable con la conservación de la sociedad en el tráfico económico y jurídico⁷⁶³. A esta conclusión llegó MAYO CALDERÓN para justificar que en los supuestos de administración desleal societaria se protege el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles.

En nuestra opinión, a pesar de que esta postura explicaba de una manera adecuada una concreta finalidad de la incorporación normativa de los delitos societarios en el CP⁷⁶⁴, así como una correcta justificación político-criminal de la persecución de los comportamientos graves de administración desleal del órgano de administración (y de la profusa, interesante y extensa fundamentación sobre la existencia⁷⁶⁵, diferenciación⁷⁶⁶ y concreta autonomía⁷⁶⁷ de los bienes jurídicos colectivos), observamos que al querer identificar y señalar el bien jurídico en el delito de administración desleal societaria, como uno colectivo, se parte de un error fundamental cual es identificar normativamente aquello que el legislador persigue con la norma con el concreto objeto jurídico inmediatamente protegido por aquella. En efecto, la *ratio legis*, es decir, la finalidad objetiva de la norma no es susceptible de identificarse con

de sus funciones tienen el deber de procurar la creación de valor, maximizando el valor de la empresa, aumentando el valor de las acciones logrando un incremento del valor patrimonial de los accionistas. En este sentido, las acciones tendrán un valor de mercado bursátil que logre reflejar “*fielmente el valor máximo que cabe atribuir al patrimonio de la sociedad*”. Si se observa o determina objetivamente una diferencia no justificada entre estos valores se configuraría la infracción de los deberes del administrador.

⁷⁶³ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit. pág. 134.

⁷⁶⁴ Tal y como hemos explicado nosotros en esta investigación.

⁷⁶⁵ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de...*, Ob. Cit. pág. 34 y ss., 96 y ss.

⁷⁶⁶ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de...*, Ob. Cit. pág. 64 y ss.

⁷⁶⁷ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de...*, Ob. Cit. pág. 76 y ss.

el bien jurídico, puesto que no siempre la protección penal otorgada a un determinado bien jurídico constituye la finalidad última perseguida por el ordenamiento al otorgarla⁷⁶⁸. Tal y como hemos sostenido en la primera parte de este trabajo, en el sentido dogmático, el bien jurídico se convierte en el criterio adecuado para esclarecer lo que efectivamente se encuentra protegido por la norma jurídico penal vulnerada⁷⁶⁹, es decir, una función como medio de interpretación teleológica según el concreto e inmediato bien jurídico protegido por el tipo penal⁷⁷⁰. En este sentido, ya sea respecto del suprimido art. 295 como del vigente art. 252 del CP, debe rechazarse la posibilidad de interpretar que en los supuestos en los que intervenga el órgano de administración como sujeto activo del delito, se protege inmediatamente el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. Sin descartar que el legislador haya pensado o se haya motivado también en estas consideraciones, tal y como se puede observar en el Preámbulo de la LO 1/ 2015, para establecer la punición de los comportamientos desleales del administrador de patrimonios ajenos⁷⁷¹.

Por otro lado, ya se parta de una concepción monista o institucional sobre el interés social, tal y como la doctrina mercantilista ha señalado, se acepta como finalidad objetiva de la norma, el correcto funcionamiento de las sociedades. Es decir, que en cualquiera de las dos posiciones en las que se ubique la solución, el fin de la norma y del sistema normativo se encuentra claramente en la conservación de la sociedad mercantil en el tráfico⁷⁷². Por lo que, tomar como fundamento para la interpretación una determinada concepción de interés social, que en definitiva nada dice sobre el bien jurídico y mucho sobre cómo organizar y estructurar los deberes de las personas que se encuentran en el entorno societario, socios y administradores especialmente, y

⁷⁶⁸ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., 295.

⁷⁶⁹ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 160.

⁷⁷⁰ ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 55.

⁷⁷¹ Revisar los capítulos previos en los que se argumenta favorablemente respecto de esta idea. Sobre todo, el capítulo referido a la justificación político-criminal de la persecución penal de la administración desleal desde el Derecho penal económico.

⁷⁷² ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 589.

en función de aquello establecer los límites de su actuación, es decir sobre la finalidad de la norma para la conservación de la sociedad, es arriesgado y por lo menos discutible.

Ante todo, señalaremos que, si se escogía como bien jurídico protegido en el delito de administración desleal societaria, la permanencia de la “*sociedad*” mercantil en el tráfico jurídico-económico⁷⁷³, pudo preguntarse en su momento ¿de qué forma se lesionaba inmediatamente este bien jurídico con la administración desleal? La comisión de ese delito no suponía ni supone la salida del tráfico de la sociedad, y aunque la sociedad sea uno de los perjudicados, esta situación no implica nada en relación con la permanencia en el tráfico, o que esto devenga en fundamento para considerar que este sea el objeto jurídico inmediatamente protegido. Lo mismo puede decirse de los delitos societarios. Por otra parte, aunque la postura era coherente con mantener que nos encontramos ante un delito que ataca el deber de lealtad y fidelidad del administrador con respecto a la sociedad, y que el contenido de injusto está condicionado por la lesión de la confianza, no se entendía que se sostenga que con la infracción del deber se atacaba de manera inmediata el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, cuando lo que se ataca inmediatamente es el patrimonio. Se infringe el deber y se produce el resultado de daño al patrimonio. De manera mediata si se quiere, se realizaba y se realiza un ataque al correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, porque la infracción de los deberes a los que se encuentra sujeto el órgano de administración, pervierte la naturaleza jurídica de la institución.

Finalmente, señalar que desde un punto de vista teleológico es sumamente problemático, cuando no erróneo, ver en la permanencia (en el sentido de confianza) en el tráfico jurídico y económico el inmediato bien

⁷⁷³ Añade MAYO CALDERON que debe observarse además que, cuando la entrega en administración de un determinado bien se realiza a un tercero que se encuentra en el ejercicio de una determinada función, necesaria para el desarrollo del sistema, como en los supuestos de administración desleal societaria, debe añadirse otro elemento concreto del injusto, que justifica la intervención del Derecho penal en la medida en que este tipo de comportamientos dificultan la participación de los individuos en el sistema.

jurídico protegido⁷⁷⁴, al tratarse de un bien jurídico supraindividual, podría provocar indirectamente una ampliación del campo de aplicación del precepto penal y, por otro lado, podría ponerse en cuestión la exclusión del tipo mediante consentimiento. Además, que un tal bien jurídico entendido desde esta visión, no encuentra asidero desde una perspectiva histórica. Más aún cuando esta posición implicaría una merma injustificada de la autonomía interpretativa de los elementos del tipo que nosotros consideramos posee el Derecho penal, sin perjuicio de que, para la elaboración de los criterios, se escojan las definiciones o interpretaciones que la jurisprudencia o doctrina de donde surge el concepto haya desarrollado. Pero aun admitiendo que esta sea la finalidad de la norma, una determinada interpretación de un interés social como es la permanencia en el tráfico mercantil de la entidad, de la sociedad, no es capaz de servir de fundamento para la concreción del bien jurídico protegido, ni mucho menos para la concreción de los deberes y obligaciones de las personas a cargo de esas entidades si es que la literalidad del texto no lo permite. Por tanto, esta postura debió y debe rechazarse, por no concretar el bien jurídico inmediatamente protegido, sin perjuicio de señalar nuevamente que la fundamentación de la postura comentada explica adecuadamente una de las finalidades de la incorporación normativa de este tipo penal al ordenamiento jurídico-penal, pero no es válido como criterio de interpretación.

⁷⁷⁴ NELLES, U.: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, 1991, pág. 291, 293 y ss. En nota al pie de página núm. 10, ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 139.

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

I. OBJETO DE ESTUDIO DEL CAPÍTULO: UNA NECESARIA INTERPRETACIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA Y DEL ORDENAMIENTO DE REFERENCIA

Para nosotros, el núcleo real y objetivo⁷⁷⁵ de todo delito lo constituye el retrato que del hecho prohibido se hace en el concreto tipo penal, es decir, el tipo objetivo. De este modo, para que pueda ser castigada una conducta, lo que el autor ha querido o no ha previsto debe aparecer siempre externamente a través de una acción o de una omisión debida⁷⁷⁶; porque el Derecho penal tiene por objeto, siempre, de conformidad con el art. 1 CP, acciones y omisiones⁷⁷⁷. Por lo que, el fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. La parte objetiva encierra el objeto que ha de ser abarcado por la subjetividad del autor⁷⁷⁸. El comportamiento externo constituye la base

⁷⁷⁵ WELZEL, H.: *Derecho penal*, Parte General, Ed. Depalma, trad. FONTÁN BALESTRA, C., Buenos Aires, 1956, pág. 71.

⁷⁷⁶ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal*, Ed. Comares, quinta edición, trad. OLMEDO CARDENETE, M., Granada, 2002, pág. 293. Aquí, se plantea la cuestión afirmando que la acción u omisión es una *esperada*, nosotros opinamos que más apropiado es decir que se trata de una acción u omisión *debida*, porque, aunque se supere la imputación objetiva, si la acción no reviste explicación a título de dolo o imprudencia, simplemente no hay hecho típico. En otras palabras, aunque sea deseable *esperar* que el sujeto se comporte de una manera tal que evite realizar el comportamiento típico, si no *debe* hacerlo, aunque se produzca el resultado prohibido, no debe responder.

⁷⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», en *ADPCP*, t. XL, fasc. III, septiembre-diciembre, 1987, pág. 579.

⁷⁷⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 246.

de la construcción dogmática⁷⁷⁹ y jurisprudencial del delito, y a pesar de esto, no hay que olvidar que el comportamiento no es más que un elemento del tipo, por lo que para construir el tipo (total) es necesario que se encuentren presenten los demás elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo.

Es importante señalar que lo objetivo del tipo no implica ajenidad a lo subjetivo, sino que se encuentra referido a lo objetivado desde la subjetividad mediante el comportamiento. La confusión que se suscita o es proclive a suscitarse se explica por la no distinción y posterior separación conceptual entre lo objetivo como adjetivo y lo objetivo como verbo. Lo objetivo como verbo hace referencia a “*objetivar*”; esta palabra es un verbo transitivo, una acción que consiste en dar carácter objetivo a una idea o sentimiento. Lo objetivo como adjetivo, es decir como palabra que expresa cualidad o accidente, se encuentra referido como aquello perteneciente o relativo al objeto en sí mismo con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. De este modo, no resulta extraño sostener que el tipo objetivo constituye el objeto del tipo subjetivo⁷⁸⁰, porque es la objetivación de lo que ha querido o ha podido evitar el autor (tipo subjetivo). El tipo subjetivo ocurre antes (fenomenológicamente) y, sin embargo, debemos inferir de lo actuado (normativa y metodológicamente) lo querido o lo que el autor ha podido y debido evitar. Es decir, establecer primeramente si el hecho es en sí un acto prohibido para luego, determinar si el autor obró con dolo o imprudencia. Antes de responder a la pregunta de si el sujeto actuó con dolo o imprudencia, es necesario averiguar si existió un hecho (comportamiento) jurídico-penalmente relevante⁷⁸¹. Como la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos que no se puede romper, pero permite ser observada en sus momentos particulares⁷⁸², también es posible admitir que alcanzar el tipo objetivo por sí solo no constituye en modo alguno alcanzar el injusto⁷⁸³. El

⁷⁷⁹ WELZEL, H.: *Derecho penal...*, 1956, *Ob. Cit.*, pág. 71.

⁷⁸⁰ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 223.

⁷⁸¹ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 246.

⁷⁸² ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 303.

⁷⁸³ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 224.

análisis típico debe ser sistemático y se realiza observando el acto en dos aspectos ordenados del siguiente modo: a) la objetivación de la voluntad (tipo objetivo); y, b) configuración dolosa o imprudente del mismo (tipo subjetivo). Estos aspectos del tipo carecen de consecuencias jurídico-penales si luego de su análisis por separado, no se realiza una explicación sistemática y conjunta de los mismos. Las descripciones objetivas de los tipos se encuentran relacionadas con factores subjetivos, si alcanzado el tipo objetivo la acción no se explica ni por dolo ni por imprudencia, no existe injusto. Así se puede afirmar categóricamente que la acción es debida y no sólo esperada.

Asentadas estas previas fundamentaciones dogmáticas, debemos advertir que este capítulo sólo estudiará los elementos objetivos del tipo. En este capítulo, lo fundamental será determinar y aclarar qué características debe tener la relación entre sujeto activo y resultado⁷⁸⁴, para que se le pueda imputar al primero el resultado como consecuencia de una acción suya⁷⁸⁵. Para esto, será importante esclarecer cuáles son los elementos del tipo objetivo en el delito de administración desleal del art. 252 CP. En lo que se refiere a los elementos particulares del tipo, en general, se acepta que los elementos objetivos del tipo describen: el comportamiento, el objeto material, el resultado, las circunstancias externas del hecho, el sujeto pasivo y la persona

⁷⁸⁴ Esta aseveración no debe llevar a equívocos, en el sentido de suponer que para nosotros el delito de administración desleal es un tipo de (resultado de) lesión, y tampoco lo contrario (que se trata de un delito de resultado de peligro), aquí simplemente no hemos dado ninguna solución todavía, porque esa respuesta está desarrollada en el apartado sobre el resultado típico. Aquí, partimos de la aclaración que realiza GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, t. XLVII, fasc. III, sep.-dic., 1994, pág. 6. Este autor critica el hecho de que se afirme que los delitos de lesión deberían llamarse de resultado, manteniéndose para la segunda categoría el nombre de delitos de peligro. Señalando que *“esa denominación no se ajusta a la realidad”*, porque no solo en los delitos de lesión se produce un resultado, *“también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro, en cuanto que sobre la base de una pronóstico ex ante, en el mundo exterior..., se ha producido un resultado de riesgo para los bienes jurídicos...”*. Esto le lleva a concluir que *“los delitos se dividen en dos grandes categorías que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para el interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado”*. Sobre esta fundamentación, extensamente, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, Madrid, 1966. Este libro también ha sido publicado por la Ed. Ramón Areces, en 1990 y, por la Ed. B de F, en 2007.

⁷⁸⁵ ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 304.

del autor⁷⁸⁶. Además, se afirma que la interpretación de estos elementos es un problema de la Parte Especial⁷⁸⁷. Iniciaremos la exposición e interpretación del tipo con el análisis del comportamiento típico, luego determinaremos cuál es en este concreto delito, el objeto material, describiremos a continuación, quién es el sujeto pasivo, analizaremos la forma en que el legislador ha decidido proteger mediante la administración desleal genérica del art. 252 CP el patrimonio ajeno, para al final, determinar cuál es el sujeto a quien se dirige la prohibición y cómo se debe imputar cuando existen varios intervinientes. Debemos anticipar que después de la reforma operada mediante la LO 1/2015, se precisa realizar una interpretación que contemple dos aspectos diferenciados⁷⁸⁸. Primeramente, se requiere una interpretación histórico-

⁷⁸⁶ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 294. En el mismo sentido, ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 303, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 91 y ss.

⁷⁸⁷ ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 304; JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 224.

⁷⁸⁸ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda ed., pág. 418. Para esta autora, se sostiene por parte de un sector de la doctrina que, con la reforma se presupone que todo lo que antes era punible por el art. 295 CP, es también punible por el art. 252 CP. Pero ella sostiene todo lo contrario. Afirma que la limitación del ámbito de aplicación no se reduce en relación “a la conducta típica o el resultado, pues ambos elementos han sido sustancialmente mejorados”, sino que obedece “a la reducción del ámbito de sujetos pasivos y a las dudas que suscitará la delimitación del sujeto activo”. Claro está que esta crítica u observación es sólo posible y viable si se sostiene que la antigua referencia a los demás sujetos pasivos diferentes a la sociedad como titular del patrimonio administrado que hacía el suprimido art. 295 CP era necesaria, lícita o estaba político-criminalmente justificada (en este sentido, también, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 245 y 246, y en función de este punto de partida, asume que el patrimonio social no era el bien jurídico protegido en el suprimido art. 295 CP. Además, esta formulación hizo posible que se considere a la administración desleal societaria como un tipo genérico (¿?), lo que en sí mismo es una contradicción). El argumento para justificar la protección de los demás sujetos pasivos estaba en relación a la tutela de protección mixta (pág. 367) dirigida a amparar los intereses de terceros y de la economía en general. Desde esta perspectiva, no sería criticable que la administración desleal (societaria) extienda su ámbito de protección a los intereses de terceros que puedan verse afectados con y por la conducta típica. Sin embargo, este razonamiento cuyos resultados discursivos son loables, es incorrecto. Por ejemplo, en el delito del art. 138 CP, nadie duda que los familiares del titular del derecho a la vida, de la víctima, son terceros cuyos intereses se ven directamente afectados o perjudicados y, sin embargo, a nadie se le ocurre afirmar que son los sujetos pasivos del delito. Por una sencilla razón, la acción típica desplegada se realiza de manera directa sobre el objeto material que materializa el interés jurídico protegido, la persona humana cuya vida es atacada y lesionada, y no sobre los otros intereses de los terceros que se ven perjudicados. Patrimonialmente, piénsese en los supuestos en los que el occiso es la única fuente de ingresos del núcleo familiar (además, no siempre las desgracias de otros son desgracias propias, esto es un asunto que materialmente difiere según las circunstancias, por ejemplo, el caso de los herederos que no quieren saber nada de su padre y que incluso su muerte, por desagradable que se pueda juzgar, es una buena noticia). En el delito de administración desleal ocurre lo mismo, el comportamiento típico desplegado se realiza

normativa del tipo, porque como podemos observar, al configurar un nuevo tipo penal de administración desleal⁷⁸⁹, el legislador obvió o prefirió no realizar una mejor determinación, por un lado, del autor típico y por otro, de los comportamientos típicos⁷⁹⁰. Las razones, el legislador no las expone y las desconocemos. Sin embargo, indiferentemente de esta realidad jurídica, considero oportuno y necesario, por la existencia de aquella, realizar una interpretación (histórico-normativa) que tome en cuenta aquello que se dijo respecto de estos elementos que constaban en el suprimido art. 295 CP. Por un lado, la referencia a los administradores de hecho o de derecho⁷⁹¹; y, por otro

sobre los bienes o derechos que materializan el interés o bien jurídico protegido, el patrimonio social, y aunque esto tenga repercusiones respecto de los intereses de terceros, es dogmáticamente insostenible que la afectación de aquellos intereses los convierte en sujetos pasivos de la infracción. Esta forma de resolver el problema es aceptada sin reparos cuando se trata de un delito de estafa, y desde dos puntos de vista. Por ejemplo, cuando se engaña al dependiente de una joyería y alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece. El sujeto pasivo no es el dependiente sino el dueño de la joyería (sobre la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado revisar MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 230). Si el monto del perjuicio es cuantioso y no estuviera asegurado, se podrían perjudicar los intereses de los acreedores que vieran en este hecho mermadas sus posibilidades de que se satisfagan sus acreencias, y tampoco se puede afirmar que son sujetos pasivos del delito. La solución no está en elaborar una interpretación que justifique dogmáticamente aquello que no se puede justificar dogmáticamente, no es viable formular y justificar un tipo penal con un determinado objeto jurídico de protección y cuyo objeto material no sea su reflejo. En el ámbito de la administración desleal, cuando del supuesto de hecho concreto surja la posibilidad, la solución está en adherirse al proceso en calidad de perjudicado u ofendido, según corresponda.

⁷⁸⁹ En efecto, una administración desleal ya no específicamente societaria, pero que también tiene en su ámbito de aplicación los supuestos que ocurran en este ámbito.

⁷⁹⁰ Para QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 579, la forma en que ha sido redactado el tipo, es criticable y probablemente inconstitucional. Afirma que, este delito presenta tres modalidades legales según sea la administración patrimonial de lo ajeno derivada de la ley, de la orden de una autoridad o de un contrato. Sin embargo, se trata de una ley penal en blanco, pues deja la concreción de los deberes que se infringen, esto es, el núcleo de la antijuridicidad, a la normativa extrapenal. En suma: no dice cuáles son esos deberes (no todos tienen la misma relevancia) ni en qué medida pueden ser violados. Por lo que, el arbitrio judicial, por indeterminación del tipo penal, es tan enorme que es radicalmente inseguro. Así construido este precepto, es de dudosa constitucionalidad. Por su parte, RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo...», Ob. Cit., pág. 534, pone de relieve que dos Grupos Parlamentarios del Senado, calificaron de *inadmisible vaguedad* a la conducta punible, por tanto, se trata de un texto deficiente, cuya dificultad se apreciará en el encaje que se deba realizar de los comportamientos omisivos. Sobre esta última cuestión, debo resaltar que, desde la postura que explicamos nosotros el delito, disminuye la dificultad. Revisar el apartado sobre la acción y omisión en los delitos de infracción de deber.

⁷⁹¹ También, la referencia a los socios, aunque aquí debe entenderse la misma cuando aquellos actúen como administradores y, por tanto, su mención es reconducible a la categoría de los administradores de hecho.

lado, la referencia a los comportamientos de disposición de bienes patrimoniales y contracción de obligaciones a cargo del titular del patrimonio administrado⁷⁹². En segundo término, la interpretación debe tener en cuenta la normativa del ordenamiento de referencia, según el caso, por ejemplo, de las reglas que regulan la actuación del órgano de administración contenidas en el TRLSC, esto, para determinar y desentrañar la naturaleza de las diferentes facultades del administrador y seleccionar cuáles de aquellas tienen relación con la protección patrimonial y de este modo, su infracción puede acarrear un posible perjuicio patrimonial. Esto ayudará también, a completar el grupo de supuestos que hace posible un comportamiento de administración desleal, nos referimos a los casos en que la actividad del administrador (sin que disponga u obligue) produce la imposibilidad de incrementar el patrimonio total administrado o causa una disminución futura del mismo, ocasionando un perjuicio patrimonial⁷⁹³, porque era muy probable esperar el aumento del mismo, o en su defecto, su mantenimiento.

Además, es preciso aclarar que, en coherencia con lo expuesto en los capítulos previos, sobre la admisión de ambas modalidades interpretativas (tipo de abuso y tipo de infidelidad) o mejor sobre lo irrelevante que resulta distinguir entre una y otra modalidad a efectos delimitadores del tipo del art. 252 CP, el análisis se realizará entendiendo la administración desleal como la grave infracción del deber de protección patrimonial y no como una caracterización del tipo de abuso. Esto, porque en última instancia, haya o no

⁷⁹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 527, pone de relieve el hecho de la mejor opción realizada por el legislador en el suprimido art. 295 CP.

⁷⁹³ Como nuestra investigación está avocada también a la resolución de los graves comportamientos desleales del órgano de administración, en general, la argumentación y los ejemplos, harán una referencia directa a estos supuestos. Una construcción de los criterios que deben observarse para construir la imputación penal por un delito de administración desleal cuando el titular del patrimonio administrado sea una sociedad, una persona jurídica y, por tanto, el único sujeto activo posible lo constituye el órgano de administración de aquella. Teniendo en cuenta los resultados que previamente hemos alcanzado en los capítulos anteriores: que el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber que, en los supuestos estudiados, se protege el patrimonio de los ataques que se producen en el ámbito de la relación orgánico-societaria entre el órgano de administración y la sociedad. Es, por tanto, un delito patrimonial que, por los especiales caracteres de realización, es también un delito societario y económico.

negocio jurídico o poder de representación, el tipo se configura (en todos los casos) por la infracción del deber de protección patrimonial debido por parte del administrador al titular del patrimonio administrado. En el ámbito del art. 252 CP, el tipo siempre se configura a partir de la infracción de un deber de protección o custodia patrimonial derivado normativamente del deber de lealtad de los administradores, que en el ámbito societario se encuentra establecido en el TRLSC. Existirán otras formas de configurar el tipo, especialmente cuando no exista negocio jurídico y, sin embargo, el diálogo forjado sobre estas modalidades típicas será fundamental para imputar adecuadamente en este ámbito, pero la importancia radica no en la posibilidad de delimitar el ámbito de aplicación, sino a los efectos de imputar adecuadamente (imputación objetiva).

II. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Vamos a iniciar el estudio por el comportamiento⁷⁹⁴ típico del art. 252 CP⁷⁹⁵. El comportamiento puede estar determinado en ciertos casos⁷⁹⁶ de un modo más detallado a través de circunstancias de distinto tipo como su relación con personas o cosas, con el tiempo o el espacio, la forma y modo de su ejecución, así como mediante su conexión con otras acciones⁷⁹⁷. A este respecto lo importante será siempre, tal como hace la mayoría de la doctrina, averiguar y realizar adecuadamente la delimitación del comportamiento típico y los medios que lo hacen posible y que se encuentran comprendidos en el precepto⁷⁹⁸. De este modo, no cualquier ataque al patrimonio custodiado por parte del administrador debe ser perseguido conforme a lo dispuesto en el art. 252 CP, sino únicamente aquel que cumpla con los requisitos del tipo⁷⁹⁹. Por otro lado, sólo los comportamientos realizados por las personas son susceptibles de ser calificados como delitos, por lo que, desde esta perspectiva, no es problemático afirmar que los delitos son una especie del género comportamiento personal⁸⁰⁰. Pero no todos los comportamientos personales

⁷⁹⁴ MIR PUIG, S: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 185. Preferimos utilizar la palabra comportamiento a la de acción, por la misma razón que da este autor: la conducta personal no importa al Derecho penal como movimiento físico, sino como dotada de significado social. Aunque, en un sentido diverso que el planteado por el autor (prohibir comportamientos externos y finales), sino en el sentido que plantea GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre los conceptos...», Ob. Cit., pág. 583 y ss., el comportamiento jurídico-penalmente relevante no es el querido (causal) o dirigido (final), sino el consciente y físicamente evitable.

⁷⁹⁵ Como afirmara WELZEL, H.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 72, el núcleo objetivo de todos los delitos es el comportamiento típico, que se encuentra ligado a la amenaza de pena como consecuencia jurídica del resultado que produce el hecho.

⁷⁹⁶ Esta explicación coincide con lo que hemos sostenido respecto del fundamento penal para la protección del patrimonio. Recordemos que, las concretas finalidades del sujeto pasivo respecto de los bienes patrimoniales son condiciones que en determinados tipos patrimoniales se exigen para el análisis del comportamiento típico. Revisar la toma de postura del capítulo sobre el bien jurídico.

⁷⁹⁷ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 294.

⁷⁹⁸ GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones...», Ob. Cit., pág. 957.

⁷⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 43.

⁸⁰⁰ MIR PUIG, S: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 177. Aquí se habla de comportamiento humano, pero en el trasfondo lo que la idea quiere expresar es que se trata de actos con sentido social, por tanto, tanto una persona jurídica como una persona física, puede comportarse socialmente y algunas veces jurídico-penalmente.

interesan al Derecho penal, sino sólo aquellos que se encuentren previamente prohibidos por las normas penales. Por tal razón, en lo que se refiere al ámbito jurídico-penal, para que un comportamiento sea objeto de la ley penal, se requiere la determinación de las propiedades objetivas y generales de ese comportamiento desplegado por la persona y contrastarlo con el descrito en la ley penal, para definir si es o no un comportamiento típico⁸⁰¹. Eso es lo que a continuación realizaremos sobre el comportamiento que prohíbe el art. 252 CP⁸⁰².

1. DETERMINACIÓN DE LAS FACULTADES SUSCEPTIBLES DE CONFIGURAR UN ATAQUE PATRIMONIAL

Para el tipo penal del art. 252 CP son punibles los comportamientos de aquellos que, *“teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”*⁸⁰³. De este modo, la dificultad que se presenta es patente, porque no se establece un comportamiento específico de infracción de las facultades por un exceso en el

⁸⁰¹ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 307. Esta posterior cuestión está referida a la teoría de la imputación objetiva. Estos autores afirman que la base de esta teoría consiste en entender que un resultado, consecuencia de un comportamiento humano, sólo puede ser imputable cuando dicha acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto jurídico protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico.

⁸⁰² No se puede perder de vista que el comportamiento a su vez, se manifiesta de manera activa o de manera pasiva. Sobre esta cuestión, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre los conceptos...», Ob. Cit., pág. 583. Aquí, se habla del comportamiento humano, pero normativamente se puede afirmar exactamente lo mismo. Porque la persona, o bien hace (comportamiento activo), e incide en ese mundo exterior poniendo en marcha cadenas causales, o bien no hace (comportamiento pasivo), dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan como estaban. Además, la capacidad de hacer es limitada, porque la persona no puede desplegar muchas actividades al mismo tiempo, sin embargo, la de no hacer afecta en cada momento a un número infinito de posibilidades.

⁸⁰³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Normas consolidadas contenidas en este código, que comprenden todas sus redacciones, desde el texto original hasta la versión vigente, tomado de la página web del BOE, www.boe.es.

ejercicio de las mismas⁸⁰⁴, sino que lo importante será en el caso concreto, determinar: a) que la persona que actuó haya tenido u ostentado las facultades para administrar el patrimonio ajeno; b) que, como consecuencia de la infracción de aquellas, en el ejercicio de sus funciones; c) se verifique un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado. Estos son los tres elementos genéricos de la configuración típica que requieren una adecuada interpretación. El primer elemento será analizado en el apartado dedicado al sujeto activo y el tercero en el que se hace referencia al perjuicio patrimonial como resultado del delito. Por tanto, aquí lo que corresponde es determinar cuáles son las facultades que ostenta el administrador que guardan relación con el deber de protección patrimonial y en este sentido, la infracción de aquellas produciría un perjuicio al patrimonio administrado. Es decir, el comportamiento típico se circunscribe o realiza en relación a la infracción de las competencias del administrador.

En este sentido, observamos que la administración desleal se realiza en un ámbito previamente regulado en el que se pueden determinar con precisión, dos cuestiones fundamentales: a) existe un sujeto específico sobre el que recaen los deberes y obligaciones entre las que cabe contar la de protección del patrimonio; y, b) este sujeto, el administrador, ostenta unas concretas facultades genéricas delegables e indelegables relacionadas con el deber de protección patrimonial debido al titular del patrimonio administrado. Esto quiere decir que a los efectos del art. 252 CP, para todos los supuestos, el administrador en el caso concreto ostenta unas facultades que se encuentran relacionadas con el deber de protección patrimonial. Es decir, únicamente mediante el ejercicio de aquellas existe posibilidad de producir un resultado de perjuicio al patrimonio administrado. Con lo que, si se quiere interpretar el comportamiento típico en este delito, debe hacerse mención de estos rasgos

⁸⁰⁴ Destacando esta nota característica, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 526 y ss.; en el mismo sentido, GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal...», *Ob. Cit.* pág. 772 y ss. Estos autores destacan que este hecho implica dos cuestiones. Por un lado, se trataría de un tipo penal en el que son punibles los ataques patrimoniales de la relación interna y de la relación externa; y, por otro, que, queda abierta la posibilidad de castigar las meras infracciones de conducta del administrador y, consiguientemente, de acabar sancionando una genérica falta de lealtad del administrador.

normativos. Por tanto, lo que resta es indagar sobre las facultades que tiene el administrador y determinar cuáles de aquellas mediante su infracción, podrían configurar un ataque al patrimonio administrado.

En este sentido, el art. 209 TRLSC establece que es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad⁸⁰⁵. La doctrina mercantil acepta a partir de esta cláusula legal, que al administrador le corresponde realizar todas aquellas actividades encaminadas a cumplir con el fin social. Se trata de una única facultad de obrar distintas actividades, las que se pueden observar desde una perspectiva interna como actividades de gestión y desde una perspectiva externa como actividades de representación⁸⁰⁶. Hay que precisar que, aunque la actividad del administrador pueda ser observada desde estas distintas perspectivas, la gestión y la representación constituyen dos aspectos de una misma función, de una única facultad de obrar. No nos encontramos ante actividades que responden a una naturaleza intrínsecamente diferenciadas, sino de dos distintas formas en que aquella actividad o facultad de obrar se manifiesta, porque se trata de una única actividad ejercida por un mismo ámbito de organización. Si la actividad se realiza en el marco de la organización del titular del patrimonio administrado, sin que se sobrepase la esfera interna nos encontramos ante actos de gestión. Si la actividad tiene una trascendencia externa que comprende una facultad de actuación respecto de las relaciones jurídicas entre el titular del patrimonio y los terceros, nos encontramos ante actos de representación. Esta forma de ejercicio de la actividad del administrador trae consigo la distinción normativa, porque

⁸⁰⁵ Para realizar esta tarea, vamos a utilizar muy a menudo, el concreto caso de la administración desleal operada por el órgano de administración. Para, a partir de los resultados que se vayan obteniendo, inferir criterios de interpretación genéricos para la totalidad de supuestos. El por qué se escoge este grupo de supuestos está en que, en este ámbito, la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado se encuentra muy desarrollada y normativizada, por tanto, de la explicación de esta relación jurídica surge un entendimiento bastante correcto respecto de lo que en esencia es la relación jurídica genérica entre administrador y titular del patrimonio administrado. Esto lo hemos visto a lo largo de la investigación. Este concreto punto de partida metodológico-normativo permite que la dificultad interpretativa se disminuya un poco, aunque no tanto como para no exigir por parte del legislador una mejor determinación del precepto.

⁸⁰⁶ Este desdoblamiento es el que permite observar la existencia de dos tipos de administración desleal, o mejor, dos formas en que el administrador puede atacar el patrimonio administrado.

aquellas actividades que se realicen respecto de las relaciones jurídicas entre el titular del patrimonio y los terceros, presenta unas connotaciones particulares respecto de quiénes deben ejercerla y bajo qué límites, lo que hace que no necesariamente coincidan quienes gestionan la sociedad y quienes la representan⁸⁰⁷.

Desde esta perspectiva, es incorrecto diferenciar entre “*la vertiente interna de decisión o adopción de acuerdos*” como actos de gestión, “*de la vertiente externa de ejecución*” como actos de representación, como algún autor ha propuesto⁸⁰⁸. Porque se trataría de una asimilación y reducción normativamente incorrecta. La gestión o administración del patrimonio en sentido estricto, no se reduce a la adopción de unos acuerdos o decisiones por parte del administrador, que deberán ser ejecutados por parte de otros sujetos a quienes se les encargue⁸⁰⁹, estos últimos serían quienes propiamente ejercerían el poder de representación. La función de gestión tiene relación con aquellas actividades que el administrador decide y ejecuta para el normal desenvolvimiento de las actividades patrimoniales de la persona titular del patrimonio, conducentes a la realización y consecución de los fines y objetivos que previamente ha dispuesto. Se diferencia de la función de representación porque cuando se ejecutan, no intervienen ámbitos de organización diferenciados respecto del titular del patrimonio administrado, son actos que no involucran a terceros. Esta idea diferenciadora, lleva a CASTRO MORENO, a considerar que el comportamiento típico es el relativo a los actos de representación⁸¹⁰. Además, parte de una premisa que no se corresponde con el texto de la ley (en su momento y que de manera invariable se ha mantenido así hasta ahora) porque asume que “*la fase interna de gestión corresponde en sus*

⁸⁰⁷ Por todos, GALLEGU SÁNCHEZ, E.: *Derecho de la empresa y del mercado*, Ed. Tirant lo Blanch, tercera edición, Valencia, 2014, pág. 213 y 214.

⁸⁰⁸ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 214 y ss.

⁸⁰⁹ El encargo está en función a la ejecución de la tarea acordada previamente.

⁸¹⁰ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 283 y ss. Podemos afirmar que, se trataría de un planteamiento discutible, sobre todo en relación a sus resultados, porque cuando interpreta el comportamiento típico en la administración desleal del órgano de administración, asume que es sólo verificable respecto de los actos de representación.

grandes líneas a la Junta General”, lo que en todo caso, resulta discutible⁸¹¹. Esto debe ser rechazado, la gestión y representación son competencia exclusiva del administrador. En el caso del ámbito societario, al órgano de administración de conformidad al art. 209 TRLSC. Por lo que, lo importante no es diferenciar si nos encontramos ante una actividad del administrador calificable como de gestión o de representación. Porque tanto a partir de la gestión como de la representación se puede atacar el patrimonio administrado. Sino que lo trascendental está en determinar si con ocasión del ejercicio inadecuado de estas funciones, el administrador es el causante normativo (imputación objetiva) del resultado que se concreta en un perjuicio económico al titular del patrimonio administrado, en un perjuicio patrimonial.

Indiferentemente de esta importante conclusión, que lleva aparejada como consecuencia incluir en el ámbito de aplicación del art. 252 CP aquellos comportamientos que ataquen al patrimonio ocasionando un perjuicio patrimonial sin distinguir si nos encontramos ante una actividad de gestión o de representación⁸¹², debemos advertir que, sin embargo, hasta aquí no hemos determinado cuál es o en qué consiste el comportamiento típico. En este sentido, en contra de lo manifestado por algún autor sobre que la conducta típica ha sido sustancialmente mejorada con la nueva redacción del art. 252 CP⁸¹³, lo cierto es que la indeterminación de los comportamientos típicos o la excesiva generalidad del mismo hace difícil una adecuada interpretación de este elemento típico. Sin embargo, como de lo que se trata es de proteger el patrimonio administrado de los ataques con ocasión del ejercicio de las facultades de gestión y representación del administrador, el ejercicio de estas

⁸¹¹ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 290.

⁸¹² Esta conclusión es coincidente con los resultados que hemos obtenido al momento de interpretar si en el tipo del art. 252 CP cabe una diferenciación delimitadora entre las modalidades de administración desleal según lo que señala la doctrina respecto del parágrafo 266 StGB. Cuestión que es intrascendente a los efectos delimitadores, porque el tipo se configura por la infracción de un concreto deber de protección patrimonial al que se encuentra sujeto el administrador. Revisar en los capítulos previos estas consideraciones.

⁸¹³ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda ed., pág. 418.

facultades sólo puede ocasionar un perjuicio patrimonial en relación a los elementos constitutivos del patrimonio.

Para el Derecho Civil, el patrimonio abarca una serie de relaciones e instituciones jurídicas no sólo de carácter económico sino de una amplitud que implica una serie o conjunto de bienes, derechos y obligaciones que se encuentran en la esfera jurídica de una persona⁸¹⁴. En el capítulo tercero sobre el bien jurídico, habíamos destacado que esta concepción del patrimonio es la que se debe utilizar para interpretar el bien jurídico patrimonio, concluyendo que, para el Derecho penal, se define el patrimonio como la totalidad de los bienes económicamente transables, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico⁸¹⁵. De esta moderna definición de patrimonio, destaca el hecho de comprender tanto el patrimonio activo como el patrimonio pasivo⁸¹⁶. En este sentido, existiría un patrimonio total comprendido o entendido en función de la relación entre el activo y el pasivo.

El patrimonio total contablemente se calcula con una ecuación: *patrimonio = activo – pasivo*. A partir de esta fórmula se observa que todas las disminuciones del activo y todos los incrementos del pasivo repercuten en una disminución patrimonial. Lo que destacamos es que por la naturaleza del patrimonio se desprende que un ataque que tenga como consecuencia un perjuicio al mismo, únicamente se puede realizar mediante una disminución del activo patrimonial o a través de un aumento del pasivo patrimonial, porque son las dos formas en que se puede apreciar el perjuicio al patrimonio total actual. ¿Qué significa esto?, que todo ejercicio inadecuado de las funciones de gestión o representación por parte del administrador que mediante una disminución del activo o a través de un aumento del pasivo, ocasionen un perjuicio (o

⁸¹⁴ MORENO QUESADA, L.: «Capítulo 17. El patrimonio», en *Curso de Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona*, Ed. Tirant lo Blanch, coord. SÁNCHEZ CALERO, F., quinta edición, Valencia, 2013, pág. 255.

⁸¹⁵ Revisar el capítulo sobre el bien jurídico.

⁸¹⁶ Hay que señalar que este aspecto no difiere de las antiguas definiciones, la economicista o la jurídica, porque siempre ha sido la relación entre activo y pasivo la total realidad patrimonial personal. La discusión no estuvo en este ámbito sino alrededor de los elementos que integran el activo patrimonial o el pasivo patrimonial.

disminución total) al patrimonio actual, es punible por el art. 252 CP⁸¹⁷. Esta visión contable del problema ayuda a entender y resolver todos los supuestos de administración desleal. Sin embargo, es preciso completar esta visión contable, desde la perspectiva jurídico-económica añadiendo también, los supuestos en los que existe disminución del patrimonio total porque se impidió el aumento de aquel o se producirá una disminución futura⁸¹⁸. La ecuación sigue siendo la misma *patrimonio = activo – pasivo*, pero el concepto contable cambia o se completa mediante los criterios de valoración jurídicos-económicos, porque en el patrimonio también se deben considerar aquellos elementos que podrían integrar el activo o el pasivo, porque la probabilidad de incremento o disminución patrimonial es razonablemente cierta de haber el administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían. Estas cuestiones serán explicadas con detenimiento más adelante⁸¹⁹.

Desde esta perspectiva, se entiende porqué hemos asumido como importante interpretar histórico-normativamente el comportamiento típico. Porque el suprimido art. 295 CP señalaba que los comportamientos punibles consistían en la disposición de los bienes de la sociedad o en la contracción de

⁸¹⁷ Se podría criticar esta argumentación como muy amplia, sin embargo, se trataría de un argumento de conveniencia, es decir, un argumento de política criminal, de si es deseable o no este tipo de amplitud. Un argumento posible para objetar el tipo y sugerir mayor determinación y si se quiere, alguna limitación del ámbito de lo punible, pero como propuesta *de lege ferenda*, pero a efectos delimitadores del tipo, considero que no es un criterio restrictivo de la tipicidad. Porque en el texto punitivo no se realiza restricción alguna al respecto. El legislador ha querido castigar los ataques patrimoniales que ocasione el administrador como consecuencia de un inadecuado ejercicio de las funciones y facultades que ostenta para proteger el patrimonio.

⁸¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 182, lo pone de manifiesto, con varios ejemplos, haciendo mención a estos supuestos desde la omisión. Explicando que estas omisiones son relevantes, porque lo importante está en la infracción del deber. Pero lo que no se explica es por qué estas infracciones del deber que no repercuten en una disminución patrimonial actual, son perjuicios patrimoniales. Entendemos que este autor piensa que el no incremento del patrimonio cuando debía aumentarse, es también un perjuicio patrimonial. Por ejemplo, la no reclamación de deudas, la no realización de contratos que surjan, la no producción al nivel adecuado, etc.

⁸¹⁹ Hasta aquí, todavía no hemos definido en qué consiste el comportamiento típico, sino que hemos realizado un análisis de cómo opera la conducta en relación al patrimonio. A partir de aquí, se debe relacionar esta situación normativa con el fundamento del tipo en relación al texto de la ley, porque el art. 252 CP es muy diferente del suprimido art. 295, en el que el comportamiento consistía en disponer o contraer obligaciones, mientras que, en la vigente administración desleal, el comportamiento se realiza mediante la infracción del deber.

obligaciones a cargo de ésta causándole un perjuicio patrimonial⁸²⁰. Será fundamental entender entonces cómo se realiza o en qué consiste la disposición patrimonial y la contracción de obligaciones punibles desde el art. 252 CP. Antes es importante indagar y resolver una cuestión previa. El art. 252 CP establece que para que un comportamiento del administrador sea castigado como administración desleal no basta que se ocasione un perjuicio al patrimonio, no es suficiente que se verifique una disminución del patrimonio total sino que es preciso que la actividad o comportamiento del administrador se haya realizado de tal modo que se entienda que con ocasión del ejercicio de las facultades o competencias de gestión y representación, se haya ocasionado un perjuicio patrimonial mediante la infracción de aquellas, “*excediéndose en el ejercicio de las mismas*”.

Como consecuencia de considerar al delito de administración desleal como uno de infracción de deber, tan sólo la infracción de los deberes inherentes a una leal administración podrá tornar típico un comportamiento que tenga como resultado un perjuicio (disminución) del patrimonio total. Esta infracción de los deberes de lealtad que se concreta como hemos visto en el capítulo segundo, en la infracción de un deber de protección patrimonial, deberá materializarse en los actos típicos de infracción de las facultades de gestión y representación mediante la disposición de los bienes que componen el patrimonio, la contracción de obligaciones a cargo del titular de aquellos⁸²¹ o mediante los actos en los sin que se disponga o contraiga obligaciones, también repercuten en el no incremento o la disminución futura del patrimonio total⁸²². Todo comportamiento típico causante de un perjuicio al patrimonio

⁸²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 43. El art. 295 CP contenía dos modalidades de comportamiento: por un lado, disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad; y, por otro lado, contraer obligaciones a cargo de ésta. De este modo, nos encontrábamos ante un tipo penal mixto alternativo, en el que cualquiera de los comportamientos descritos por sí solo completaba el tipo. Para ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 337, los tipos mixtos alternativos son aquellos en los cuales varias acciones realizan el tipo, no cumulativa, sino alternativamente. Cualquiera de las acciones por sí sola configura el tipo. Sobre esta cuestión en referencia al tipo de administración desleal del suprimido art. 295 CP, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 588.

⁸²¹ En un sentido parecido, QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, Ob. Cit., pág. 919.

⁸²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 182.

administrado estaría sujeto a la condición de ejecutarse excediéndose en el ejercicio de las funciones de gestión y representación⁸²³. Esto significa que según el texto del tipo legal del art. 252 CP, los comportamientos típicos de disposición de bienes, contracción de obligaciones, etc., para que sean atentatorios del orden jurídico deben realizarse en el marco de un exceso en el ejercicio de las funciones propias del cargo. En el apartado que sigue veremos qué se debe entender por este ejercicio excesivo de las funciones del administrador.

2. INFRACCIÓN DE LAS FACULTADES PARA ADMINISTRAR UN PATRIMONIO AJENO, EXCEDIÉNDOSE EN EL EJERCICIO DE LAS MISMAS

Lo primero que debemos indagar es qué significa excederse. El diccionario de la RAE nos señala que excederse consiste en propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable. Desde esta definición, excederse equivale a abusar, porque el mismo diccionario afirma que hacer un uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien es lo que distingue un abuso. Si excederse es abusar, el ejercicio abusivo de las funciones encomendadas al administrador para custodiar el patrimonio ajeno, es lo que prohíbe el tipo penal del art. 252 CP, cuando ese ejercicio con exceso o abuso de las facultades ocasiona o produce un perjuicio (disminución) patrimonial. Esta reducción o asimilación terminológica tiene una finalidad: desentrañar lo que, por abuso o exceso en el ejercicio de las funciones del administrador, se debe entender en el ámbito jurídico penal respecto de la administración desleal. La identificación conceptual es importante, porque el término exceso no dispone de una tradición interpretativa importante, sobre todo porque siempre se ha entendido que el exceso en el uso de los derechos es lo que se denomina abuso, y tanto la ley como la doctrina han preferido este término. El por qué el legislador decidió utilizar esta expresión, “*excediéndose*” y no el término “*abusando*”, es una

⁸²³ Salvando el punto de partida, sobre la distinción entre facultades de gestión y representación, la argumentación es similar en CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 285.

incógnita cuya resolución no es muy importante a nuestro juicio, porque lo importante es interpretar en qué consiste el término o en qué radica esa exigencia, en qué consiste aquella condición normativa del comportamiento del administrador. Sin embargo, se podría argumentar que el legislador quiso separarse de la posible interpretación del art. 252 CP como un único tipo de abuso en el sentido que habitualmente se interpreta en el derecho penal alemán⁸²⁴. El por qué considero que no es importante indagar sobre esta cuestión está en los resultados a los que hemos llegado en el capítulo acerca de la explicación de la positivización de la nueva administración desleal, porque indiferentemente de si se trata de un tipo de abuso o un tipo de infidelidad, el tipo del art. 252 CP, se configura por la infracción del deber de custodia o protección patrimonial, da lo mismo que se infrinja este deber mediando un negocio jurídico (doctrina del tipo de abuso) o no (doctrina del tipo de infidelidad). Entonces, el término exceso o abuso no puede sólo interpretarse respecto de los supuestos en los que exista negocio jurídico, porque el legislador lo ha exigido para todos los supuestos de administración desleal.

De este modo, en este ámbito surgen varias preguntas que la doctrina ha intentado responder: ¿qué debemos entender por exceso o abuso?, concretamente, ¿qué debemos entender en el ámbito jurídico-penal por exceso o abuso?, ¿el exceso o abuso se encuentra referido a todas y cada una de las funciones del administrador, las funciones de gestión y representación?, o ¿a qué tipo de funciones del administrador, está referido el exceso o abuso? Antes de averiguar estas cuestiones debemos responder otras, para saber si se debe o no emprender esa tarea. En efecto, ¿es verdaderamente el exceso o abuso un elemento adicional del tipo o no?, ¿merece la pena desentrañar su significado? Estas cuestiones se responderán en este apartado, anticipando que trataremos de articular una interpretación eminentemente normativa de los términos y de la condicionante normativa exigida por el legislador.

⁸²⁴ Dejando, a nuestro juicio, la posibilidad de interpretar que no se limita la administración desleal únicamente, ni al tipo de abuso ni al tipo de infidelidad patrimonial.

2.1. CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE EXCESO O ABUSO

¿De quién se puede afirmar que se excede en el ejercicio de una competencia, facultad o derecho?; o que, ¿directamente abusa de un derecho, que abusa de las facultades y funciones propias que le competen en relación al ámbito de organización que el ordenamiento jurídico le ha concedido? Abuso proviene del latín *abusus*, una palabra compuesta que literalmente significa el mal uso de una cosa (*ab*=en sentido contrario; *usus*=uso). En su sentido genérico, abuso debe entenderse como el aprovechamiento de una situación en contra de una persona o de una cosa. Para el diccionario de la RAE el abuso es la acción y el efecto de abusar, y abusar es un verbo intransitivo (el que se construye sin complemento directo) referido a la acción de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o alguien. Hasta aquí no hemos desentrañado en qué consiste el exceso o abuso de las funciones o facultades de administración a las que se refiere el art. 252 CP. Lo único que hemos averiguado es que excederse o abusar literalmente quiere decir, usar una cosa o una persona de manera inapropiada, ilegítima o indebida; de una manera distinta respecto de la finalidad que tiene el objeto usado. De esta definición de abuso, se entiende que el ejercicio inadecuado se realiza sobre un determinado objeto. Este objeto puede ser material o inmaterial. El ordenamiento en general, acepta como lícito el uso de los objetos, ya sean estos materiales o inmateriales. Lo que prohíbe, en general, es el uso inadecuado de los mismos, el ejercicio inadecuado de determinadas acciones sobre los mismos. Al tratarse de personas, se prohíbe el ejercicio inadecuado de determinadas acciones que repercutan negativamente, ya sea manera directa o indirecta, sobre aquellas.

En la ley penal existen varias prohibiciones relacionadas de manera diferente con el concepto de abuso o exceso. Un acercamiento nos permitirá entender mejor este concepto. En efecto, existe una institución jurídica que agrava el comportamiento típico de conformidad al art. 22.2 CP, denominada “*abuso de superioridad*”. Esta institución nos permite observar materialmente en qué consiste el abuso o exceso. Alrededor de esta concreta agravante se puede señalar qué es lo que los penalistas sostienen respecto del abuso, o de

una de sus formas de manifestación. El abuso⁸²⁵ o uso excesivo de la superioridad también conocida como⁸²⁶ “*alevosía menor*”⁸²⁷ o de “*segundo grado*” tiene unos presupuestos: 1) Se debe observar una situación de desequilibrio entre las respectivas situaciones de poder físico o anímico del agresor y la víctima, aceptando que la situación es favorable respecto del primero. El desequilibrio puede ser de cualquier circunstancia⁸²⁸ o naturaleza, referida bien a los medios utilizados para atacar, lo que se conoce como “*superioridad medial*” o bien porque concorra una pluralidad de agresores, conocido este supuesto como “*superioridad personal*”; 2) La superioridad⁸²⁹ debe producir una disminución importante en la posibilidad de defensa del agredido, sin que llegue a eliminarla, pues nos encontraríamos con la “*alevosía*”; 3) Debe estar presente el aprovechamiento y uso excesivo (abuso) de tal desproporción de situaciones, que aparezcan buscados de propósito o aprovechados por el agente, elemento éste anímico en el que se radica el *plus* de culpabilidad del sujeto, que acepta y conoce el mayor grado de antijuricidad de su conducta; y, 4) Que el exceso no sea necesario para cometer el delito. Este último elemento es de fundamental trascendencia para entender el abuso característico de la agravante que se analiza (y del exceso o abuso que el tipo de administración desleal exige textualmente): la superioridad no debe ser

⁸²⁵ La sentencia del TS de 1 de marzo de 1999 manifiesta que: “... la agravante de abuso de superioridad, denominada en la doctrina *alevosía menor*... contempla las agresiones en que hay un desequilibrio de fuerzas a favor del atacante, que disminuye, sin eliminar las posibilidades de defensa de la persona agredida ...”

⁸²⁶ SERRANO GÓMEZ, A.: *Casos prácticos de Derecho penal*, Ed. Dykinson, quinta edición, Madrid, 2004, pág. 180 y ss.

⁸²⁷ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A.: «Comentario al art. 22», en *Código penal, comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., segunda edición, Madrid, 2007, pág. 120. La *alevosía* se diferencia del abuso de superioridad en que en esta última circunstancia la agresión se produce utilizando medios de ataque que dan lugar a una situación ventajosa, con desequilibrio de fuerzas, debilitando las posibilidades de defensa de la víctima, mientras que la *alevosía* supone un acometimiento que no da posibilidad alguna de defensa ni crea riesgo para el agresor, de forma que si el ataque al sujeto pasivo lleva consigo solo desproporción entre el atacante y la víctima estaremos ante un abuso de superioridad, y si supone indefensión de ésta nos encontraremos ante la *alevosía*.

⁸²⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario al art. 22.2 CP», en *Código Penal Comentado, con concordancias y jurisprudencia*, Ed. Bosch, dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., t. I, arts. 1 al 318 bis, Barcelona, 2004, pág. 146-147.

⁸²⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario..., Ob. Cit.», pág. 146.

inseparable del delito, ya sea porque constituye elemento necesario del mismo, o porque el delito tenga indefectiblemente que llevarse a cabo así⁸³⁰. Aquí la finalidad no es entender la institución y cómo opera, sino destacar que, si se comprende la lógica de esta institución, se entiende que el abuso es simple y llanamente el uso excesivo, injusto o indebido que se realiza o ejecuta sobre algo o alguien. En el abuso de superioridad lo que destaca es el ejercicio material injusto e innecesario que una persona ejerce sobre otra para cometer un delito. El abuso de superioridad nos ayuda a entender materialmente en qué consiste el abuso.

Pero la pregunta planteada tiene relación a un exceso o abuso de un derecho o de una facultad que el administrador ostenta como consecuencia de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado para, entre otros extremos, la custodia o protección del patrimonio. En este sentido, debemos explicar qué es abusar de un derecho. Para responder a esta pregunta antes debemos afirmar que quien usa de su derecho usa, pero no abusa. Abusa sólo quien ejercita un derecho que la ley no le ha concedido⁸³¹. Nos encontramos en el ámbito del ejercicio inadecuado de un derecho. En el ámbito de la administración desleal, el objeto del abuso o del exceso no es una cosa, sino un derecho que se ostenta sobre el patrimonio ajeno como consecuencia de formar parte de una relación jurídica de custodia o protección patrimonial. En un sentido jurídico general, el abuso consiste en el hecho de usar de un derecho, de una facultad, de un poder más allá de lo que resulta lícito o con fines distintos de los que se hayan autorizados. El abuso o el exceso en el ejercicio de las funciones se comete cuando se actúa aparentemente dentro de lo jurídico, pero en realidad se ha extralimitado respecto de lo que el derecho en una interpretación sistemática y conjunta ha autorizado. Ya en el Derecho Romano existe una referencia a la institución, en función del derecho de

⁸³⁰ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario..., *Ob. Cit.*, pág. 147.

⁸³¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario art. 7.2», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, t. I., dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., Madrid, 1991, pág. 57.

dominio: *ius utendi, fruendi et abutendi* (*abutendi*, el abuso, como derecho al uso máximo de la cosa y no como abusar hasta el daño extrapatrimonial⁸³²).

En el ámbito civil, el término abuso se encuentra ligado a una concreta institución: la del abuso del derecho. Esta tiene una larga tradición cuyo origen se remonta a la Edad Media. Primeramente, se ponía énfasis en un elemento subjetivo: en la concreta finalidad de causar un perjuicio a otro mediante el ejercicio de un derecho subjetivo propio, era lo que se denominaba actos de emulación (por ejemplo, el dueño de un huerto que envenena sus flores para causar la muerte de las abejas del vecino o, el caso de aquel que almacena estiércol en el fundo propio para producir mal olor al colindante⁸³³). En la evolución dogmática de la institución se adujo que ante la imposibilidad material de los jueces de escrutar las conciencias de los autores (en todos los ámbitos de la actividad jurisdiccional), el baremo que ayudará a interpretar los supuestos de abuso no será (sólo) la intención del autor, sino determinar si existe o no un motivo legítimo para ejercitar en el modo en que se ha hecho el derecho subjetivo de que se trate. De este modo, se pasó de un entendimiento subjetivo de la institución a uno objetivo.

Hemos visto que el abuso de superioridad nos ayudaba a entender la lógica material del abuso o exceso. Por otra parte, en el mismo art. 22 CP, la agravante de abuso de confianza, también nos es de gran ayuda para construir nuestro concepto jurídico penal de exceso en el ejercicio del derecho o abuso, así como para entender lo que la doctrina entiende por exceso o abuso⁸³⁴, cuando de lo que se abusa no es de una cosa o persona sino de un derecho.

⁸³² Enciclopedia Jurídica Omeba.

⁸³³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario art. 7.2..., *Ob. Cit.*, pág. 58.

⁸³⁴ En el ámbito jurídico-penal, la ley penal utiliza no en pocas ocasiones este término, así lo hace para referirse al abuso de autoridad arts. 187.2 y 188.2 del CP; abuso del cargo arts. 107, 174, 175, 222, 295, 369.2, 369.8, 428, 438, 599.1, 603 del CP; abuso de confianza como circunstancia agravante art. 22.6 CP; abuso de derecho en la profesión, oficio, industria, comercio, cargo o empleo art. 107 CP; abuso de enajenación art. 181.2.2, 182.2 CP; abuso de encargo art. 192.1 CP; abuso de firma como circunstancia que agrava el tipo de estafa art. 240.4 CP; abuso de firma en blanco en los delitos societarios art. 292 CP; abuso de las funciones públicas art. 22.7, 428, 438, 439 del CP; abuso de las funciones públicas en el delito de encubrimiento 451.3.b) CP; abuso de las circunstancias personales arts. 235.4, 241 del CP; abuso de oficio y de la profesión arts. 107,

La doctrina sostiene que el fundamento de esta concreta agravación está en la mayor reprochabilidad de la actuación del sujeto activo del delito, quien, *“imbuido de un plus de perversidad”* se comporta de manera contraria a la previa relación jurídica que existe entre el autor típico y la víctima (profesional, laboral, de dependencia o subordinación, etc.), *“al vulnerar la lealtad debida al ofendido”*. El que así obra, debe entenderse, actúa *“abusando”* (con exceso de los derechos que se le han conferido por la relación jurídica) y prevaliéndose de una situación o posición de privilegio⁸³⁵. Son dos los elementos que se requieren para construir la agravante: a) una especial relación jurídica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito de que se trate, que haga surgir el específico deber de lealtad entre ambos sujetos; y, b) un aprovechamiento de esa particular relación jurídica que permite una mayor facilidad para la comisión del delito de que se trate, con la consiguiente infracción de ese deber

369.8, 428, 241 del CP; abuso en/de las relaciones personales: a) como circunstancia agravante: en el tipo de estafa art. 205.7 CP, en los abusos sexuales arts. 181, 182, 183, 191 del CP, en los delitos contra los derechos de los trabajadores arts. 311, 315.1, 315.2 del CP; y, b) como abuso de superioridad: arts. 181.3, 182, 188, 235.4 del CP, agravante genérica en el art. 22.2 CP, como agravante en el delito de estupro arts. 180.3, 182.2.2 del CP, en el delito de hurto art. 235.4 CP, en el delito de robo art. 235.4, 241.1 del CP; abuso de trastorno mental art. 181.2 CP; abuso en el ejercicio de la función pública arts. 443, 444, 445 del CP. Por tanto, podemos corroborar que no es poco lo que se ha escrito y estudiado sobre esta exigencia normativa de una determinada conducta. Sin embargo, a los efectos de entender lo que en el ámbito jurídico-penal se señala sobre aquella, hemos partido de dos concretas instituciones: el abuso de superioridad y el abuso de confianza, ambas agravantes genéricas establecidas legalmente en el art. 22 CP. Todo, para poder establecer los límites y en este sentido, la diferenciación entre uso ilícito y el abuso delictivo (revisar, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, t. II, Madrid, 1968, pág. 38. Este autor realiza esta diferenciación en el ámbito de la inviolabilidad de la correspondencia). Podríamos extendernos en un estudio amplio de esta cuestión, pero a los efectos de esta investigación esta finalidad excedería el marco de la misma. El estudio de estas dos instituciones nos servirá tan sólo para entender qué es el abuso desde una perspectiva jurídico-penal general. Sobre todo, si aceptamos que en general, el concepto de abuso que se utiliza para interpretar estas dos instituciones, es el mismo que se utiliza en los demás artículos en donde aparece este término, lo comprobaremos revisando el art. 174 CP y lo que se ha afirmado respecto del art. 291 CP. Luego, ya tendremos elementos de juicio suficientes para realizar una interpretación del exceso o abuso en el ejercicio de las funciones propias que el administrador ostenta en relación a las facultades otorgadas para administrar el patrimonio ajeno, un exceso que de estar presentes los demás elementos del tipo, al parecer, configuraría la tipicidad de conformidad al art. 252 CP.

⁸³⁵ En este sentido de manera expresa la sentencia del TS de 14 de octubre de 1991: *“...un plus de perversidad en el agente, lo que acentúa la reprochabilidad de su conducta al quebrantar la lealtad debida y correspondiente a especiales relaciones o vínculos...”*. En este sentido también las sentencias del TS de: 31 de enero de 1985; 20 de junio de 1985; 15 de diciembre de 1986; 30 de enero de 1987; 28 de junio de 1989, citadas todas por la sentencia del TS de 23 de abril de 1997.

de lealtad⁸³⁶. Por su naturaleza jurídica, esta agravante es incompatible con el delito de estafa, en la medida que el injusto típico en la estafa lo constituye el engaño. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia⁸³⁷, señalan también, la incompatibilidad de la circunstancia agravante de abuso de confianza y el delito de apropiación indebida; porque la deslealtad o el abuso de confianza están presente en este tipo penal, en cuanto que se quebranta la confianza y la lealtad inmanente a los administradores, depositarios o gestores. Si bien, puede cobrar autonomía y ser aplicable cuando para realizar el apoderamiento no es necesario ganar la confianza del perjudicado⁸³⁸. Lo mismo habría que señalar respecto del tipo de administración desleal. Nuevamente, aquí la finalidad no es entender la institución y cómo opera, sino destacar que, si se comprende cómo funciona, se puede aceptar que el abuso de un derecho, prohibido desde la ley penal, consiste en usar de un derecho, de una facultad, de un poder más allá de lo que resulta lícito o con fines distintos de los que se hayan autorizados. Se debe apreciar cuando se actúa en contra de lo que la función social-económica de la institución encomendada haya previamente señalado.

Por tanto, podemos afirmar que la ley penal prohíbe con carácter general tanto el uso excesivo, injusto o indebido que se realiza o ejecuta sobre una persona (por ej., abuso de superioridad) como sobre un derecho (por ej., abuso de confianza). Pero en ambos tipos de prohibiciones destaca el hecho de que el abuso es materialmente el ejercicio injusto e innecesario que se ejerce sobre un determinado objeto o realidad jurídica (con sustrato material o sin aquel), para cometer un delito.

Esta interpretación es corroborada también, por lo que se prohíbe en el art. 174 CP, sobre el delito de tortura, tipo penal que, exige por parte del funcionario público el abuso del cargo, el abuso o exceso en el ejercicio de las

⁸³⁶ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A.: «Comentario al art. 22..., Ob. Cit., pág. 132.

⁸³⁷ La sentencia del TS de 23 de abril de 1997, manifiesta que como “... ya se ha apreciado como parte del ardid, de la maniobra torticera la situación de confianza de la empresa, para estimar el engaño en su plural actuación, no puede ahora apreciarse como constitutivo de una genérica agravación punitiva, si el mecanismo de que se valió... fue principalmente la relación de confianza... y por ello no puede ser apreciada por ser inherente... a la conducta engañosa del delito...”.

⁸³⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario..., Ob. Cit., pág. 156.

funciones propias del cargo público. Para algunos⁸³⁹, “*abusar del cargo*” consiste en excederse en las atribuciones que el mismo derecho le concede, utilizar desviadamente las facultades que la función pública atribuye, aprovecharse indebidamente de la situación de subordinación en que el ciudadano (por cualquier situación o relación), se encuentra respecto del funcionario: actuar fuera de los límites en que la coacción administrativa está legitimada⁸⁴⁰. El abuso o exceso, en consecuencia, es una notoria extralimitación con aprovechamiento o prevalimiento del cargo, excluyendo la aplicación de la agravante séptima del art. 22 CP, al estar consumida por este elemento del tipo. En el ámbito de los delitos societarios, el art. 291 CP determina la prohibición de imponer acuerdos abusivos. Para algunos⁸⁴¹, debe partirse del concepto de abuso que el CC ha establecido en el art. 7. De este modo, este tipo pretende tutelar los derechos de los socios minoritarios frente al uso ilegal por el socio o los socios mayoritarios del derecho que como mayoría les corresponde, frente al exceso en el ejercicio de los derechos que como socios ostentan. El acuerdo será abusivo cuando, como establece el art. 7 CC, el uso del derecho de la mayoría en la adopción del acuerdo “*por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros*”⁸⁴².

En este sentido, abuso del derecho o exceso en el ejercicio del derecho no es sólo actuar fuera del ámbito legal concedido al concreto ámbito de organización (abusa o se excede, sólo quien ejercita un derecho que la ley no le ha concedido), sino ejercitar de manera anormal o inadecuada el derecho subjetivo que se ostenta, en el sentido de un ejercicio contrario a la función económico-social en la que se enmarca el derecho subjetivo, en función de la institución jurídica a la que se encuentra ligada al ejercicio del concreto

⁸³⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario art. 174..., *Ob. Cit.*, pág. 544.

⁸⁴⁰ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario art. 175..., *Ob. Cit.*, pág. 551.

⁸⁴¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «Comentario art. 291..., *Ob. Cit.*, pág. 884.

⁸⁴² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Normas consolidadas contenidas en este código, que comprenden todas sus redacciones, desde el texto original hasta la versión vigente, tomado de la página web del BOE, www.boe.es.

derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, cabe denominar al abuso del derecho o exceso en el ejercicio del derecho, como abuso o exceso en el ejercicio de la facultad, lo que haría posible reconducir de mejor manera también los supuestos de abuso o exceso por omisión⁸⁴³. La concreta función económico-social del derecho subjetivo debe interpretarse a partir de la naturaleza jurídica de la institución a la que se debe el derecho subjetivo. Es decir, en función del texto legal, del estado o situación jurídico-social concreto. En suma, es un elemento que debe interpretarse normativa y objetivamente. La esencia de la institución que además es también el presupuesto que la hace surgir (todo a partir de una concepción objetiva del concepto de abuso de un derecho), es la existencia de un derecho que se ejercita. El ejercicio abusivo o en exceso de un derecho o facultad consistiría en sobrepasar de manera manifiesta los límites normales para el ejercicio del mismo. La normalidad del ejercicio está en función de la interpretación de la institución de la que surge el derecho subjetivo. Averiguar no sólo qué ha querido el legislador sino qué hoy interpreta la sociedad de la concreta institución. En el ámbito que nos ocupa, ejemplo sería: ¿qué debe interpretarse del administrador y cuáles son los límites a los que se encuentra sometida su actuación en el ejercicio de sus competencias? Esto es importante, porque hasta aquí, hemos interpretado qué debe entenderse materialmente por exceso o abuso y qué debe entenderse por abuso o exceso en el ejercicio de un derecho, pero lo que todavía no sabemos es cómo se concreta ese ejercicio inadecuado o en exceso de las facultades para administrar el patrimonio ajeno por parte del administrador. Con lo expuesto hasta ahora, contamos con elementos suficientes para establecer qué es el exceso o abuso en el ámbito de la administración desleal.

⁸⁴³ Esta cuestión será de trascendental importancia para la construcción del apartado que se dedica a los comportamientos omisivos, especialmente, por cuanto un sector de la doctrina considera que las modalidades de acción no permiten dar encaje a comportamientos omisivos. Por lo que no podrán considerarse típicos ni las omisiones dolosas de deberes de vigilancia que provoquen una lesión patrimonial, ni tampoco los comportamientos en los que el sujeto no realice un comportamiento al cual viene obligado con el fin de incrementar el patrimonio administrado. Sobre esta cuestión, revisar SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 588; y, NIETO MARTÍN, A.: *Administración fraudulenta...*, *Ob. Cit.*, pág. 274.

2.2. EXCESO DEL ADMINISTRADOR EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES PARA ADMINISTRAR EL PATRIMONIO AJENO

Un sector de la doctrina opina que el abuso o exceso en el ejercicio de las funciones propias del cargo por parte del administrador constituye⁸⁴⁴ el desvalor de acción característico de este delito⁸⁴⁵, por lo que puede ser autor de este delito sólo quien abusa o se excede en el ejercicio de las funciones de su cargo⁸⁴⁶. Por esta razón, su inclusión debe ser considerada como acertada en la medida en que este elemento es lo que constituiría el específico desvalor de acción característico⁸⁴⁷ del delito de administración desleal. Hay que resaltar que esta interpretación está relacionada con la consideración de este delito como de dominio. En este sentido, el modelo del legislador español habría sido el tipo de abuso del parágrafo 266 CP alemán⁸⁴⁸. Como la administración desleal es un delito especial y lo que caracteriza a estos es la relación de dominio social del autor sobre el bien jurídico⁸⁴⁹, el elemento abuso o exceso en el ejercicio de las facultades o competencias del cargo describe la posición de dominio del ámbito de protección de la norma de que goza el administrador de un patrimonio ajeno⁸⁵⁰, el dominio social se definiría como la posibilidad normativa de ejercicio del dominio del hecho⁸⁵¹. Si el abuso o el excederse es el fundamento de lo injusto específico de este delito, este elemento, no

⁸⁴⁴ Algunos autores afirman que este elemento quedaría identificado como la esencia típica, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 285; en un sentido similar, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 184.

⁸⁴⁵ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de...*, Ob. Cit., pág. 264.

⁸⁴⁶ CARDENAL MONTRAVETA, S., CORCOY BIDASOLO, M., Y OTROS.: *Manual práctico...*, Ob. Cit., pág. 688. pág. 688.

⁸⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 64.

⁸⁴⁸ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, Ob. Cit., pág. 269. Aunque esta autora descarta que sea la opción correcta puesto que desde su posición lo adecuado sería configurar el delito como la causación de un perjuicio al patrimonio de la sociedad sin hacer referencia a modalidad alguna de acción.

⁸⁴⁹ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, Ob. Cit., pág. 263.

⁸⁵⁰ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, Ob. Cit., pág. 267.

⁸⁵¹ En general, los fundamentos de la postura que se explica en este momento siguen los presupuestos que ha elaborado en la doctrina GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro, I...*, Ob. Cit., pág. 340 y ss.

condiciona a los comportamientos típicos sino todo lo contrario, las acciones típicas (disponer bienes o contraer obligaciones, etc.) son acciones genéricas que permiten incluir todas las conductas de perjuicio para el patrimonio ajeno⁸⁵². Lo decisivo será el ejercicio excedido de las facultades de administración o con abuso de los poderes de disposición y/o de obligar al titular del patrimonio administrado, y no el marco normativo en el que se produce dicho exceso o abuso del derecho que se ostenta (deberes de los administradores).

Para los que aseguran que este elemento, el exceso en el ejercicio de las funciones, es el fundamento de lo injusto en el delito de administración desleal, el abuso o exceso en el ejercicio de las funciones propias del cargo deberá entenderse en relación al ejercicio de las facultades de representación de la sociedad que ostenta el administrador con exceso de los límites internos autorizados⁸⁵³, con infracción de los deberes esenciales que debe observar el administrador: el deber de lealtad y el de fidelidad, que fijan las facultades y delimitan el concreto ámbito de competencias⁸⁵⁴. Esta opción interpretativa, sostienen, está ligada a considerar que las conductas típicas (disposición de bienes, contracción de obligaciones, etc.), son actividades de carácter

⁸⁵² MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, *Ob. Cit.*, pág. 272. Desde esta perspectiva el art. 291 y 292 del CP, son modalidades de administración desleal, especialmente si se las refiere a los supuestos de grandes sociedades.

⁸⁵³ Entre otros, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 284; MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos: comentarios a los arts. 262, 270 a 30 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Ed. Edijus, Zaragoza, 1996, pág. 341; así también lo entienden, CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «17.6. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado» en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., coord. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Valencia, 2013, pág. 766 y ss., quienes consideran que (pág. 769), era preferible configurar la acción típica del delito de administración desleal, sobre la base del verbo abusar (de las facultades), en vez de los verbos infringir y exceder que empleaba el Anteproyecto, en tanto que el abuso se refiere al uso desviado, a la desviación de poder, evitando la discusión sobre si el mismo debe sobrepasar o no los límites del propio poder. En este sentido, señalaban que era mejor la redacción francesa del delito, que tipifica *l'abus des biens ou de pouvoirs* y no la que finalmente fue acogida (la alemana). Porque (pág. 767), lo relevante a efectos típicos es poseer la facultad jurídica de representación, esto es, de disponer u obligar válidamente frente a terceros, lo que afecta al ámbito externo de las facultades de administración.

⁸⁵⁴ DEL ROSAL BLASCO, B.: «Delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 1442; también, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 284.

ejecutivo, por lo que deben ejercitarse con motivo de las funciones de representación, y en este sentido, con exceso de las facultades externas que la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado otorga al administrador⁸⁵⁵. El comportamiento típico consistiría en causar un daño patrimonial a través de la capacidad que tiene el autor sobre el patrimonio ajeno para disponer u obligar mediante negocios jurídicos con terceros⁸⁵⁶.

Sin embargo, esta interpretación no es posible porque el administrador mediante su comportamiento puede configurar un ataque al patrimonio ocasionando un perjuicio, ya sea actuando en el ejercicio de la competencia de gestión o en el ejercicio de la competencia de representación. Para la doctrina mercantilista⁸⁵⁷, el concepto de administración comprende todo tipo de actuaciones y, en concreto, tanto la celebración de actos jurídicos con terceros (actuación en la esfera externa) como la ejecución de operaciones materiales ligadas a la gestión de la sociedad (actuación en la esfera interna), no son realidades distintas sino dos formas de contemplar la misma realidad⁸⁵⁸. Es decir, que, en contra de la idea de separación entre administración y representación, ambas modalidades responden a una misma competencia. No existe diferencia entre los ámbitos de actuación del administrador, en el sentido de que se trata de actuaciones que lesionan el patrimonio, ya sea por la vía de la infracción de los límites internos o por la de los límites externos, por lo que el ámbito de aplicación del delito de administración desleal incluye tanto conductas que se producen en el plano interno como en el externo. Esta interpretación está corroborada por la literalidad del texto⁸⁵⁹. Considero que la razón de esta poco plausible interpretación se encontraría en unir la

⁸⁵⁵ GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, 1996, pág. 842; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 285; NIETO MARTÍN, A.: *Administración fraudulenta...*, *Ob. Cit.*, pág. 274.

⁸⁵⁶ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 273.

⁸⁵⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *Curso de Derecho mercantil*, Ed. Civitas, I, Madrid, 2001, pág. 579-580 y ss.

⁸⁵⁸ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, *Ob. Cit.*, pág. 274-275.

⁸⁵⁹ Revisar nuestra postura al respecto, en el capítulo sobre la explicación de la positivización de la administración, acerca de la irrelevancia de la distinción de las modalidades de administración desleal, a efectos delimitadores del ámbito de aplicación en el art. 252 CP.

interpretación de la administración desleal española a la interpretación que del tipo de abuso del parágrafo 266 StGB se ha realizado en el Derecho penal alemán. Sin embargo, las conclusiones que la doctrina alemana ha elaborado del tipo de abuso no son totalmente extrapolables para la interpretación de la administración desleal, sin descartar que sean una ayuda para desentrañar su contenido⁸⁶⁰. La distinción entre la tutela del patrimonio ajeno frente a los ataques que provengan de las relaciones externas e internas (distinción entre el tipo de abuso y el tipo de deslealtad) no tiene utilidad alguna para entender lo injusto específico en el delito de administración desleal. Recordemos que, la propia doctrina alemana⁸⁶¹ sostiene que el tipo de abuso es un supuesto más del tipo genérico de infidelidad y desde esta perspectiva, el tipo de infidelidad es la esencia del delito de “*Untreue*”⁸⁶². En ambas modalidades, el destinatario de la norma está impelido por el mismo deber de cuidado de los intereses patrimoniales ajenos.

Además, el problema de esta postura estaría en la no adecuada explicación de en qué consiste el abuso o exceso en el ejercicio de las facultades de administrar un patrimonio ajeno, como si se tratase tan sólo de los supuestos en los que existe un negocio jurídico⁸⁶³. Llegándose a afirmar que no se excede en el ejercicio de las facultades de administración, el administrador que realiza una conducta que puede ser realizada por otros autores de delitos patrimoniales, que no se encuentran en la especial situación del autor con respecto al bien jurídico. Por ejemplo, el administrador que se apropia de un bien que compone

⁸⁶⁰ MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, Ob. Cit., pág. 273. En el mismo sentido se expresaba NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 273.

⁸⁶¹ Entre otros, MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, Ob. Cit., pág. 274, cita a SCHÜNEMANN, B.: *Leipziger Kommentar*, núm. 29 y ss.

⁸⁶² MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela...*, Ob. Cit., pág. 274.

⁸⁶³ Podría señalar incluso que, la referencia al “*abuso*”, hace pensar que nos encontramos de manera exclusiva ante el tipo de abuso. Sin embargo, en los casos de administración desleal societaria, la distinción carece de relevancia, porque el resultado se produce siempre con ocasión de la infracción del deber de protección patrimonial, haya negocio jurídico o no. Por lo que la exigencia de abuso no debe condicionar el entendimiento del tipo como de abuso. Al tratarse del tipo penal del art. 252 CP, la cuestión es más patente, porque el legislador no ha querido hacer un tipo penal como el alemán, además, ha preferido el término “*excediéndose*” al de “*abusando*”, para deslindarse de la confusión reinante, o para señalar que se protegen los ataques patrimoniales del administrador haya negocio jurídico o no. Entender esto es fundamental.

el patrimonio administrado, no comete una administración desleal⁸⁶⁴. Las conclusiones de este razonamiento son por lo menos discutibles. En los delitos de infracción de deber es autor siempre quien tiene el deber de protección en función de una institución positiva, no importa la forma material en que se realice el hecho, ya sea por acción o por omisión, lo importante es verificar que como consecuencia de la infracción del deber positivo se haya configurado el resultado. El administrador tiene el deber de proteger el patrimonio. Si lo infringe gestionando los bienes patrimoniales de manera inadecuada, como, por ejemplo, apropiándose del bien que compone también el patrimonio ajeno, habrá configurado el tipo, porque lo importante no es la existencia del negocio jurídico sino la infracción del deber de protección patrimonial por parte de quien debía y podía cumplirlo.

Ante estos resultados, es importante mencionar que un sector de la doctrina interpreta que la exigencia de que el sujeto activo actúe excediéndose en el ejercicio de las facultades de administración (con abuso de las funciones propias del cargo) está referida a la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad que le es exigible a los administradores⁸⁶⁵, por lo que al afirmar que la esencia típica del delito de administración desleal es el abuso o exceso en el ejercicio de la funciones, lo que se está afirmando es precisamente que el abuso o exceso está referido a la concreta y necesaria infracción del deber de lealtad que el administrador está obligado a observar, pero a los efectos del art. 252 CP, sólo será delito cuando la infracción del deber produzca daño en el patrimonio cuya custodia es obligada. Desde esta perspectiva, la esencia típica sería la infracción de los referidos deberes. Existiría exceso en las facultades conferidas cuando el administrador no se comporte como un ordenado empresario, esto es, incumpliendo tanto el deber de diligencia como el de lealtad que le corresponden⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 273.

⁸⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Lección XXIX Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios», en *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 619.

⁸⁶⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los...*, Ob. Cit., pág. 184.

Indiferentemente, de estas dos posturas, también se podría interpretar que la exigencia de un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas para administrar un patrimonio ajeno, no añade nada al tipo legal del artículo 252 CP, en el sentido de que infringir las facultades de administración no significa otra cosa que comportarse de tal manera que se ocasione un perjuicio al patrimonio administrado. Actuar disponiendo de los bienes o contrayendo obligaciones a cargo del titular del patrimonio, con el consiguiente perjuicio (patrimonial)⁸⁶⁷. Por lo que se trataría tan sólo de un elemento retórico e innecesario⁸⁶⁸. En este sentido, todo comportamiento del administrador reconducible a las modalidades genéricas de conducta (disposición de bienes, contracción de obligaciones, etc.), presentarían los mismos rasgos comunes.

Con todo lo que hemos tratado hasta ahora, hemos visto que la discusión estribaría en determinar cómo se concreta la infracción de las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas. Lo primero que tenemos que advertir es que la cuestión está en demostrar, si el fundamento del injusto de la administración desleal radica en un ejercicio abusivo o con exceso de poder (delito de dominio); o, en la infracción de los deberes de lealtad o infidelidad que debe el administrador al titular del patrimonio administrado (delito de infracción de deber)⁸⁶⁹. Este sería el punto de partida para solucionar el problema. Nosotros en el capítulo relacionado al fundamento del injusto, hemos tomado postura sobre esta cuestión afirmando que este delito es uno de infracción de deber y, por tanto, no es un delito de dominio.

El ejercicio con exceso o abuso de las facultades de administración no se entiende sin aceptar que esas facultades de administración han sido concedidas en función del establecimiento de una relación jurídica, la relación jurídica entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. Las

⁸⁶⁷ HERMOSILLA, R.: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, pág. 107.

⁸⁶⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, Ob. Cit., pág. 559.

⁸⁶⁹ En un sentido parecido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «Comentario art. 295...», Ob. Cit., pág. 892.

facultades de gestión patrimonial se realizan en el marco del deber de lealtad, en el que se incluye el deber de protección patrimonial. En el ámbito del art. 252 CP, excederse en el ejercicio de las facultades de administración no es sino la concreta infracción del deber de custodia o protección patrimonial, porque de todos los comportamientos del administrador, los que son importantes o relevantes respecto de la administración desleal, están referidos a la causación de un perjuicio patrimonial. El exceso supone siempre, ir más allá y en contra de los deberes que conforman la esencia de la función de gestión (administración y representación) en nombre de otro de sus activos⁸⁷⁰. Da lo mismo si se excede respecto de otros comportamientos en el ámbito de la gestión o representación, lo que interesa para configurar la tipicidad del art. 252 CP es que se realice, por ejemplo, una disposición o una contracción de obligaciones que no observe el deber de protección patrimonial. Esta argumentación tiene como trasfondo la premisa fundamental de la que hemos partido: considerar al delito de administración desleal como uno de infracción de deber. La ley penal prohíbe con carácter general el uso excesivo, injusto o indebido que se realiza o ejecuta con ocasión de un derecho previamente concedido, en atención a una relación jurídica. El exceso del administrador que prohíbe el art. 252 CP está en la infracción del deber de protección patrimonial⁸⁷¹. Normativamente son lo mismo. El tipo penal podría sin reparos decir: será punible el comportamiento del administrador que con ocasión de la infracción de su deber de protección patrimonial cause un perjuicio al patrimonio ajeno. La prohibición sería la siguiente: está prohibido respecto de los administradores, la infracción del deber de protección patrimonial que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

La conducta típica (disponer, contraer) se produce como consecuencia de la violación de los deberes de fidelidad inherentes a su estatus⁸⁷². La

⁸⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 883.

⁸⁷¹ Como sostiene GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», Ob. Cit., pág. 768, la administración desleal se estructura sobre la base de los deberes de velar por los intereses ajenos, ante varias posibilidades de actuación.

⁸⁷² Así se pronunciaron las sentencias 2017/2002, de 3 de febrero de 2003 y la sentencia 224/1998, de 26 de febrero.

infracción de los deberes de fidelidad se configura excediéndose o abusando en el ejercicio de las facultades de administración o de las funciones encomendadas para cumplir con su cargo, actuando con deslealtad: siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen, por un lado, con carácter genérico el art. 719 CC, y por otro, con carácter específico, por ej., el art. 209 TRLSC⁸⁷³ (es decir, la concreta norma de la que surge el específico deber de protección patrimonial, en el caso de los padres y tutores, el CC, en los casos de una decisión de autoridad, en general, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los supuestos de un contrato, la concreta relación jurídica establecida en el negocio jurídico, etc.). Esto quiere decir que, de todas las formas posibles de infringir el deber de lealtad (patrimonial), el legislador ha decidido prohibir aquellos que perjudican el patrimonio por parte del comportamiento del administrador. En este sentido, la expresión, excediéndose en el ejercicio de las facultades para administrar un patrimonio ajeno o el abuso de las funciones propias del cargo, no significa otra cosa que el administrador infringe con su propia conducta los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben⁸⁷⁴, de los que deriva el específico deber de protección o custodia patrimonial⁸⁷⁵. Como hemos afirmado antes, aunque cabe señalar que la administración desleal es sin lugar a dudas un abuso de una posición de dominio sobre el bien jurídico que se debía proteger⁸⁷⁶, lo importante es observar que se está en esa posición precisamente porque ha existido una previa transferencia de esa posición jurídica sobre el bien jurídico al autor típico, al administrador, pero el abuso o ejercicio excedido de la concreta posición, el abuso de las funciones propias del cargo, está en función del deber que previamente se ha adquirido: no se puede exceder o abusar si previamente no se ha otorgado un derecho de uso, el derecho es en el sentido argumental, el límite que permite observar que se ha abusado. Es decir que, el tipo se realiza

⁸⁷³ En este sentido, la sentencia del TS 8671/2002, de 29 de julio.

⁸⁷⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 589. También, DEL ROSAL BLASCO y NIETO MARTÍN.

⁸⁷⁵ Revisar el capítulo segundo.

⁸⁷⁶ SCHÜNEMANN, B.: «La Administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 85.

cuando el autor quebranta el deber previamente adquirido⁸⁷⁷. De esa concreta infracción del deber se explica de manera suficiente la lesión del patrimonio ajeno. De este modo, se ha rebasado el límite de lo admitido por el ordenamiento y se ingresa en la esfera de lo que prohíbe la ley penal.

Con estos resultados, debemos determinar cuáles son las modalidades genéricas a través de las cuáles se produce o se lleva a cabo la infracción del deber de protección patrimonial. Establecer cómo el administrador produce el resultado de perjuicio al patrimonio administrado.

3. DETERMINACIÓN DE LAS DIFERENTES MODALIDADES DE LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Cabe afirmar que si bien el art. 252 CP no contempla una genérica falta de lealtad del administrador, ni modalidad alguna en que se materialice el comportamiento típico, desde una interpretación lógica que coincide parcialmente con la interpretación histórico-normativa, hemos visto que las formas de lograr un perjuicio patrimonial se concretan en: la disposición de los

⁸⁷⁷ Estos resultados eran vistos por algunos, en relación al suprimido art. 295 CP. En este sentido, en la administración desleal se reprobaba también una conducta societaria que rompía los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. Revisar, QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios..., Ob. Cit.*, pág. 917. Para este autor la criminalización de la administración desleal social respondía al intento de colmar una laguna legal ampliamente denunciada por nuestra doctrina y jurisprudencia (sentencias del TS 23 junio 1973 RJ 1973, 2896; 17 marzo 1981 RJ 1981, 1184; 2 abril 1993 RJ 1993, 3016), ahora, a qué se refiere esta laguna o en qué consiste esta laguna, él nos da también una respuesta interesante: la propuesta de someter a la amenaza de pena determinados comportamientos desleales o infieles de los administradores de sociedades mercantiles que pudieran amenazar los intereses económicos del patrimonio social y de los propios socios, aparece como una constante en todos los proyectos de reforma del Código Penal desde 1980 (art. 368 PLOCP-1980; art. 297 PANCP-1983; art. 302 PCP-1992 y art. 296 PCP-1994). Las razones del aparente consenso son fácilmente explicables arguye, y obedecen básicamente al convencimiento sobre la incapacidad de los delitos patrimoniales clásicos para neutralizar los más lesivos ataques a los intereses económicos de la sociedad y de sus integrantes; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.: «Comentario al art. 295», en *Código penal, comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., segunda edición, Madrid, 2007, pág. 698. Lo que quisiera resaltar está en el hecho de que para este tipo de casos no había problema en aceptar que el fundamento de la punición estaba en la infracción del deber de protección patrimonial, derivado del deber de lealtad del administrador, una posición que coincide con lo que sostenemos en esta investigación.

bienes patrimoniales⁸⁷⁸, la contracción de obligaciones a cargo del titular del mismo y, aquellos supuestos que impiden un aumento del patrimonio o que causan una disminución futura de aquel, porque en el patrimonio también se deben considerar aquellos rubros que podrían integrar el activo o el pasivo, porque la probabilidad de incremento patrimonial o en su defecto, una futura disminución patrimonial, es razonablemente cierta de haber el administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían⁸⁷⁹. Esta explicación de las diferentes formas de ocasionar el resultado que prohíbe la administración desleal, tiene como fundamento el concepto económico-jurídico de patrimonio⁸⁸⁰. En este sentido, el patrimonio es siempre la diferencia que resulta entre los activos totales y los pasivos totales. Esta ecuación o igualdad, permite observar que los movimientos en el activo o en el pasivo, repercuten en el patrimonio. Un aumento del pasivo será siempre una disminución del patrimonio, y un aumento del activo será siempre un incremento del patrimonio. El activo es el destino del dinero o la materialización de los usos del dinero y se compone del conjunto de bienes o derechos de titularidad de la persona. El activo está conformado genéricamente por los siguientes destinos: activo no corriente y activo corriente. El pasivo, por su parte, es el origen del dinero que no pertenece al titular del patrimonio y se compone del conjunto de deudas u obligaciones que la persona debe hacer frente. El pasivo está conformado genéricamente por las siguientes fuentes: pasivo no corriente y pasivo corriente. Junto al pasivo, se encuentra el capital, es decir, el dinero, bienes o derechos que la propia persona posee o que no debe devolver a ninguna otra, porque le pertenecen.

Si se entiende adecuadamente cómo funciona u opera el patrimonio, no será difícil deducir cuándo un comportamiento repercute o no en un perjuicio patrimonial. Provisionalmente a efectos de simplificar la explicación,

⁸⁷⁸ Así, lo señalaba la sentencia del TS 1217/2004, de 2 de noviembre.

⁸⁷⁹ En sentido parecido, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en *Lecciones de Derecho penal*, PE, Ed. Atelier, cuarta edición, 2015, pág. 270, refiriéndose a supuestos que generen riesgo de sanciones o de responsabilidad patrimonial. Desde la explicación que proponemos, este sería un supuesto del tercer grupo genéricos de casos.

⁸⁸⁰ Sobre los fundamentos de este concepto, revisar el capítulo sobre el bien jurídico.

denominaremos perjuicio patrimonial a la disminución del patrimonio con ocasión de la infracción de los deberes que le competen al administrador. Por tanto, si un comportamiento del administrador con ocasión de la infracción de sus deberes repercute en una disminución patrimonial, podremos afirmar que ese comportamiento es uno productor de un perjuicio patrimonial. ¿Cómo se puede producir una disminución patrimonial? Es sencillo, una disminución del patrimonio se produce ya sea mediante una disminución del activo o mediante un aumento del pasivo. Aquí, aparecen los comportamientos genéricos de disposición de bienes o contracción de obligaciones⁸⁸¹. Pero, además, es posible hablar de una disminución del patrimonio en aquellos casos en los que el comportamiento del administrador, impide un aumento futuro del activo o es causante de un incremento futuro del pasivo. En estos últimos casos, la administración desleal causante del perjuicio patrimonial se puede objetivar (probar) observando el monto total en que no se incrementó el activo o el monto total en que se vaya a incrementar el pasivo. No es preciso el registro contable que permita apreciar, en el sentido de la teoría del saldo, la diferencia entre lo que está asentado y lo que debería estar registrado contablemente, porque, en el concepto jurídico-económico de patrimonio están también incluidas aquellas relaciones jurídicas existentes, aunque aquellas no estén registradas pero que, sin embargo, sean susceptibles de ser asentadas o registradas⁸⁸². Por tanto, en este último supuesto, en los casos de un futuro incremento del pasivo, no es preciso esperar al momento en que se realice el respectivo registro de la cuenta por pagar, porque el perjuicio ya se ha configurado desde el instante en que existe la probabilidad cierta de generar una responsabilidad u obligación a cargo del titular del patrimonio administrado, una obligación que es, en todo

⁸⁸¹ Se podría ensayar el uso de otros términos que permitan identificar de mejor manera la naturaleza genérica de los comportamientos, por ejemplo, esto lo hacen MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 528; y, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 326. Sin embargo, considero que la tradición jurídico-positiva, junto con la interpretación que de los mismos se ha realizado, permitiría un entendimiento adecuado. Con lo que, lo que habría que hacer no es sustituir los referidos términos, sino dotarlos de sentido, para que expliquen y sirvan de mejor manera, para lo que funcionalmente están llamados a servir y cumplir.

⁸⁸² Sobre todo porque están valoradas económicamente, porque poseen un valor económico determinado o determinable.

caso, siempre cuantificable o determinable. A continuación, explicaremos cada una de las genéricas formas en que se produce el perjuicio (disminución) del patrimonio administrado.

3.1. COMPORTAMIENTOS DE DISMINUCIÓN DEL PATRIMONIO MEDIANTE LA DISMINUCIÓN DEL ACTIVO: ACTOS DE DISPOSICIÓN PUNIBLES

En la doctrina existían dos posturas muy diferenciadas sobre lo que debía entenderse por disposición en el ámbito de la administración desleal de patrimonios ajenos, sean estos sociales o individuales. Las repercusiones sobre esta cuestión eran importantes en el sentido de que dependiendo de la concreta interpretación que se hubiere hecho del término, se establecía el ámbito de aplicación de este comportamiento típico. Es decir, repercutía sobre la decisión de si en los supuestos concretos, debía aplicarse el antiguo art. 252 CP en su modalidad de distracción de dinero o si por el contrario venía en aplicación el suprimido art. 295 CP en la modalidad de disposición fraudulenta de bienes. En efecto, un sector de la doctrina opinaba, al hilo de la determinación de qué es lo que protege el tipo de administración desleal societaria, que la falta de precisión con la que en el texto se designaban los objetos de la acción, traía como consecuencia una disyuntiva: si la disposición de bienes recaía sobre cosas de propiedad ajena que están en poder del autor, pues la propiedad sólo se da sobre cosas individuales, ¿cómo se establecería la diferenciación entre la administración desleal del art. 295 CP y (la administración desleal constante en) el delito de apropiación indebida del anterior art. 252 CP cuando la disposición afectaba a cosas muebles, cuando por ejemplo, se realizaba una administración desleal de dinero ajeno? Si se aceptaba que el delito atentaba contra el patrimonio, para este sector de la doctrina, la alternativa de disponer de los bienes de la sociedad era superflua y confusa⁸⁸³. Esta cuestión ha sido solucionada en parte con la nueva redacción del tipo penal. Porque el nuevo

⁸⁸³ BACIGALUPO ZAPATER, E: «La problemática de la...», *Ob. Cit.*, pág. 397.

art. 253 CP ha suprimido la modalidad de distracción⁸⁸⁴. Por lo que se debería entender que el legislador ha querido que en el ámbito de aplicación de la administración desleal se incluya también la administración desleal de dinero ajeno. Esto, aunque el tipo penal del nuevo art. 252 CP no determine en qué consisten los comportamientos típicos, no obstante, desde la interpretación que hemos realizado en los previos apartados, concluimos que existen tres posibles grupos de supuestos. A continuación, analizaremos el primero de ellos, averiguando qué significa disponer en el ámbito jurídico-penal y respecto de la administración desleal. Independientemente de la posición que se adopte para construir el concepto jurídico-penal de disponer, este deberá normativizarse en relación con la imputación objetiva. Porque disponer de los bienes causando un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio administrado, debe ante todo constituir un riesgo jurídicamente desaprobado. En definitiva, únicamente verificando la infracción del deber se asegura que se alcance la tipicidad de conformidad al principio de legalidad⁸⁸⁵.

Para el diccionario de la RAE disponer consiste en ejercitar respecto de algo las facultades de dominio, enajenando o gravando, en vez de atenerse a la posesión y disfrute⁸⁸⁶. A partir de esta definición, cuando se realicen actos

⁸⁸⁴ La discusión se podría mantener, porque el legislador no entendió que el problema no era sólo la eliminación o supresión de la modalidad de *distracción* del tipo de apropiación indebida, sino la eliminación o supresión de la modalidad de *distracción de dinero*. El hecho de que, en los casos de entrega de dinero, es difícil que se realice el tipo de apropiación, sino una administración desleal o inadecuada de ese bien mueble, obligaría a repensar la discusión. Sin embargo, considero que la extensa exposición de motivos, y la argumentación que sobre la reforma nosotros hemos realizado en esta investigación (revisar el capítulo II), explican suficientemente que el legislador no ha querido dejar vigente la gestión desleal mediante el nuevo art. 253 CP, sino a través de la creación de un tipo genérico de administración desleal de patrimonios ajenos de conformidad al art. 252 CP. En el supuesto no querido que algún autor se empeñe en dar vigencia interpretativa a la discusión, la solución no puede ser otra que la aplicación mediante un concurso aparente de leyes del art. 252 CP, piénsese que la penalidad es la misma en ambos supuestos.

⁸⁸⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 399.

⁸⁸⁶ Hay que tener presente que en esta definición se incluyen las acciones de enajenar y gravar, porque constituyen actos de disposición. Sin embargo, no debe haber confusión respecto de dónde ubicar el comportamiento típico al tratarse supuestos en los que se incluya un gravamen a los bienes. Si el gravamen es tan sólo una limitación respecto del ejercicio dominical del bien, es exclusivamente un acto de disposición. Si por el contrario el gravamen acarrea una obligación de dar, hacer o no hacer algo en términos de pasivo patrimonial, nos encontramos ante una contracción de obligaciones y, por tanto, ante supuestos de aumento del pasivo y, por ende, de

de disposición se trataría de actos que producen la modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica, afectando al activo patrimonial. Son actos que excluyen o limitan, nuevos actos idénticos sobre los componentes del activo⁸⁸⁷. Esta definición es correcta desde la doctrina tradicional de las normas civiles. En efecto, es una definición muy genérica, acercándose más bien a la tradicional definición de disposición de bienes que se usa en el Derecho civil y en el Derecho societario. Sin embargo, la moderna doctrina civil afirma que la facultad de disposición debe considerarse como una extensión del derecho de goce⁸⁸⁸. Como la causa que legitima la actividad del sujeto y que es inherente al goce del bien o derecho. Se extiende de tal modo que el sujeto tiene la capacidad de excluirse a sí mismo del ejercicio del derecho sobre el bien o la cosa, para que otros sujetos lo realicen. Desde esta perspectiva, la facultad de disposición constituye el ejercicio extremo de la facultad de goce de la cosa. Pero sobre todo constituye el proceso mediante el que se realiza el goce de la cosa. Goza, disfruta y utiliza el bien o derecho quien dispone del mismo para servirse de él. Lo importante está en observar que no se puede entender el ejercicio del derecho de propiedad únicamente analizando el problema desde la facultad de goce o únicamente estudiándolo desde la facultad de disposición, es preciso observar la relación dinámica que existe entre estas dos facultades.

Esta forma de entender el ejercicio del derecho de propiedad es fundamental para aceptar como típicos, comportamientos de goce realizados sobre los bienes, porque es inherente a su ejercicio la disposición de los mismos. Es inherente al goce, la disposición que se realiza sobre aquellos, o mejor, no se puede gozar de un determinado bien sin disponer de aquel. Del mismo modo, la disposición entendida como la supresión de la posibilidad de

disminución del patrimonio total. Es una cuestión de lógica jurídica. Sobre la discusión, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 348 y ss.

⁸⁸⁷ MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, Ob. Cit., pág. 340; en sentido parecido, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., pág. 842.

⁸⁸⁸ MONTES PENADES, V.: «Comentario al art. 348 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, t. I, Madrid, 1991, pág. 950 y ss. La facultad de gozar y disponer de un bien se desarrolla en el marco de lo que alcance la función social del mismo (pág. 958). Lo importante es observar que se trata de facultades que derivan del derecho de propiedad.

ejercer derechos de goce (incluida la disposición) sobre los bienes, por parte del titular del bien, del titular del patrimonio, es típica porque impide el ejercicio del derecho de propiedad a su titular. Hasta este nivel de análisis, no hay diferencia entre un delito contra la propiedad (apropiación indebida en sentido estricto) y un delito patrimonial (administración desleal de patrimonio ajeno). El punto de inflexión que permite observar la diferenciación está en que, en el delito patrimonial de administración desleal, la disposición se realiza en el marco de las facultades de administración otorgadas como consecuencia de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado, por ejemplo, entre el órgano de administración y la sociedad. Entonces, muy a pesar de que lo que ocurre es un ejercicio arbitrario e ilícito del derecho de propiedad sobre los activos patrimoniales de la persona titular de los bienes, en la administración desleal, el vehículo comisivo lo constituye el especial deber de protección patrimonial que el sujeto autor del delito debe a la persona titular del patrimonio, porque aquella le ha confiado el patrimonio para que lo gestione⁸⁸⁹. Por tal razón o en atención a aquella relación jurídica, le otorga genéricos deberes dominicales sobre los bienes, obligaciones y derechos patrimoniales, sin que esto signifique que se trate de un delito contra la propiedad. No existe forma posible distinta que la de disponer de los bienes, para causar una disminución patrimonial en el patrimonio administrado⁸⁹⁰. Una disminución del activo patrimonial se lleva a cabo mediante toda acción u omisión con efectos jurídicos que tenga incidencia en el mantenimiento patrimonial: donaciones, compraventas, realización de gravámenes, prestaciones, etc. Cualquier conducta con efectos jurídicos sobre el patrimonio que provoque una disminución del activo⁸⁹¹. Es importante señalar que no todo

⁸⁸⁹ En sentido parecido, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», (Sistema) *Ob. Cit.*, pág. 632; para HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 202, por esta razón se trataría de un ataque patrimonial desde adentro; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 34, explica que esa concentración de poder es el terreno abonado para los abusos y excesos del administrador.

⁸⁹⁰ Desde otra perspectiva, con resultados parecidos, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 218.

⁸⁹¹ GALLEGU SOLER, J.: «Capítulo XIII. De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal, reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, dir. CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., Valencia, 2011, pág. 653.

acto de disposición del administrador es típico. A la ley penal en función del art. 252 CP no le interesa todo tipo de disposición de bienes, sino únicamente las disposiciones de bienes ilegítimas porque producen un ataque prohibido (por la disposición no autorizada de los bienes) al patrimonio administrado. Por lo que una concepción amplia del concepto de disposición tiene ventajas y también dificultades. Las ventajas consisten en admitir que disponer es actuar como dueño, es decir, enajenar y gravar los bienes, pero no sólo eso, también es usar, utilizar y servirse del bien o cosa que se ha entregado para la administración⁸⁹², un uso ilegítimo, excedido, abusivo o no autorizado de los bienes que componen el patrimonio administrado⁸⁹³. Por lo que cualquier comportamiento del administrador excediéndose en el ejercicio de las facultades gestoras para obtener una ganancia personal es también típico. Un ejemplo de administración desleal en el marco de actividades de gestión, está en los casos en los que el órgano de administración no controla el gasto que realizan los miembros del consejo y otros subordinados mediante el uso de tarjetas de crédito, gastos que son reconducibles a cuestiones ajenas a la actividad social y cuyo pago lo cubre la sociedad; también, el típico caso del órgano de administración que incurre en ingentes gastos para fines superfluos⁸⁹⁴. Esta postura coincide con la estructura del tipo, un tipo que no diferencia entre modos de comportarse deslealmente, ya sea mediante la infracción de las facultades de representación o a través de la infracción de las facultades de gestión. Se ha criticado esta postura por su excesiva amplitud, lo que la haría incompatible con el principio de mínima intervención⁸⁹⁵. Para entender esto, se propone como ejemplo de comportamientos de administración desleal que derivarían de la aceptación de esta concepción, el siguiente: el administrador que utiliza la máquina de escribir de la empresa para realizar una

⁸⁹² MONTES PENADES, V.: «Comentario al art. 348 CC...», *Ob. Cit.*, pág. 961.

⁸⁹³ Este concepto es acogido y desarrollado por GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 96 y ss.; para CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 293, este concepto, es el seguido y utilizado en la doctrina francesa.

⁸⁹⁴ El último ejemplo ha sido tomado del trabajo de HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: «La administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 202.

⁸⁹⁵ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 293.

carta personal. Sin embargo, la no imputación de este comportamiento no está en función de la restricción del concepto de disposición que incluya el uso o servicio de los bienes patrimoniales, sino en relación a los criterios de imputación objetiva. El burdo ejemplo no es típico porque no supera en absoluto el riesgo jurídicamente desaprobado por el art. 252 CP, un riesgo cuya superación se concreta en una disminución del patrimonio total de la persona titular del mismo, como consecuencia de la infracción del deber de protección patrimonial⁸⁹⁶.

En la doctrina se discutía sobre qué era típico en la modalidad de distracción de dinero del antiguo art. 252 CP, y qué según la disposición de bienes del suprimido art. 295 CP; algunos autores⁸⁹⁷ llegaban a la conclusión de entender que la disposición de bienes no era otra cosa que una utilización patrimonial indebida concretada en una apropiación o distracción. Por lo que la administración desleal del órgano de administración no sería otra cosa que una distracción o apropiación indebida de bienes sociales. El problema de esta identificación conceptual, como se puso en su momento de manifiesto⁸⁹⁸, estaba en que dicha interpretación compatible con el tenor literal del término, plantearía problemas en la delimitación de lo punible por la distracción de dinero de la apropiación indebida y la administración desleal societaria. Indiferentemente de los resultados, esta cuestión no podía constituir la objeción a la explicación teórica, porque los problemas que se suscitaban para la determinación del ámbito de aplicación, tenían solución para algunos autores,

⁸⁹⁶ De aceptarse este razonamiento, el del ejemplo, graves comportamientos de uso, posesión o apropiación de bienes patrimoniales que sólo se pueden cometer en el marco de un exceso o abuso de las facultades de gestión, quedarían en la impunidad. Por ejemplo, el administrador que decide utilizar para su uso personal las bodegas de la sociedad para guardar la mercancía de una tienda comercial propia, comete un delito de administración desleal, porque incluso si la sociedad decide no utilizar el bien, una leal y correcta administración le llevaría a proponer como negocio en provecho de la sociedad, el alquiler del bien. La restricción del comportamiento debe realizarse por los criterios que la ley ha establecido y los recursos dogmáticos de interpretación coherentes y concordantes con la norma en cuestión (imputación objetiva). De otra opinión, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, pág. 842.

⁸⁹⁷ Como GARCÍA ARÁN, M.: «Consideraciones sobre los delitos societarios en el Código Penal», en *Economist & Jurist*, 1996, núm.17, pág. 107.

⁸⁹⁸ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 296

desde el concurso ideal y para otros, desde el concurso aparente de leyes⁸⁹⁹. Por nuestra parte señalaremos que toda esta discusión ya no tiene vigencia porque el legislador ha querido incorporar, correctamente, en un solo tipo delictivo todos los problemas de administración desleal de patrimonio ajeno. Identificar la administración desleal con la apropiación indebida de los bienes que componen el patrimonio administrado, es una simplificación inadecuada, porque se pierde de vista que lo fundamental está en la producción de un perjuicio patrimonial como consecuencia de la infracción del deber de lealtad patrimonial que el administrador debe al titular del patrimonio administrado, porque da lo mismo que ese perjuicio o disminución patrimonial se integre (apropie) en el patrimonio del administrador o no. En la administración desleal no se castiga una apropiación indebida de bienes, se castiga un perjuicio patrimonial con ocasión de la infracción del deber de protección patrimonial que, puede coincidir en determinados supuestos, porque se puede dar una apropiación del bien, disposición definitiva, pero lo fundamental está en que esa apropiación tuvo lugar con ocasión del especial deber de protección del patrimonio ajeno que le era exigido al administrador. Como se observa son cuestiones materialmente diferenciadas, porque la mecánica comisiva de la administración desleal no es la de la apropiación de una cosa⁹⁰⁰.

Esta forma de entender la disposición no es incompatible con la aceptación de que se trata de supuestos de actos dominicales de carácter ejecutivo o representativo que no necesariamente expresan una voluntad apropiatoria. Disponer es actuar como dueño de los bienes, da lo mismo que la concreción de los actos de dominio sea de carácter permanente y definitivo o no. A este respecto, tradicionalmente se ha apreciado que el art. 348 CC tiene

⁸⁹⁹ Sobre la cuestión, entre otros muchos, en: BACIGALUPO ZAPATER, E: *Falsedad documental...*, Ob. Cit., pág. 202; MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, Ob. Cit., pág. 344 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: «Los delitos societarios», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, edit. DEL ROSAL BLASCO, B., Valencia, 1997, pág. 287; VALLE MUÑIZ, J.: «Capítulo VI...», Ob. Cit., quinta edición, pág. 691. Por otro lado, cabe mencionar que también existió la postura de FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., primera edición, pág. 570, quien negaba que la disposición de bienes en la administración desleal societaria tenga el carácter de apropiación.

⁹⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los...*, Ob. Cit., pág. 182.

un contenido doble: el derecho de gozar de la cosa y el derecho de disponer de ella⁹⁰¹. Sin embargo, como hemos apuntado antes, la moderna doctrina afirma que la facultad de disposición debe considerarse como una extensión del derecho de goce, como la causa normativa que legitima la actividad del sujeto que dispone y que es inherente al goce del bien o derecho. Facultad que está presente en el ejercicio del derecho de tal modo que el sujeto tiene la capacidad de excluirse a sí mismo del ejercicio del derecho sobre el bien o la cosa, para que otros sujetos lo realicen. En definitiva, la facultad de disposición constituye el ejercicio extremo de la facultad de goce de la cosa, constituye el cauce legal mediante el que se realiza el goce de la cosa. Por lo que goza, disfruta y utiliza el bien o derecho quien dispone del mismo para servirse de él. En este sentido, la disposición de los bienes patrimoniales que provoquen una disminución del activo y, por lo tanto, una disminución del patrimonio total, son actos en los que el administrador excediéndose en el ejercicio de sus facultades para administrar un patrimonio ajeno, con exceso o abuso de las facultades de gestión y/o representación, actúa como dueño de los mismos infringiendo el deber de protección patrimonial ocasionando un perjuicio (disminución) del patrimonio total. No interesa la distinción respecto de que se traten de actos de dominio de carácter permanente y definitivo o simplemente de actos de carácter temporal⁹⁰². Lo importante es que se aprecie que el sujeto

⁹⁰¹ La doctrina parte de esta delimitación para interpretar que la disposición requiere siempre de un negocio jurídico, revisar NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 216, 273; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, Ob. Cit., pág. 126. Pero esto es parcialmente correcto, porque no se ha descubierto o analizado, tal y como lo hace la moderna doctrina civilista, que las facultades de goce y de disposición se encuentran estrecha e indisolublemente unidas. Son como dos instantes de un mismo momento, que pueden ser observados por separado y que, sin embargo, el análisis por separado, no completa el verdadero sentido de ambos cuando se lo realiza en conjunto.

⁹⁰² En relación a esta diferenciación resuelve el problema, en mi opinión, de manera discutible o poco plausible, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 299, admitiendo la administración desleal para los supuestos en los que no haya una disposición definitiva de los bienes. De manera discutible o poco plausible, porque no se entiende porqué o en función de qué criterios materiales se puede diferenciar entre una u otra administración desleal. La solución en su momento estaba en las reglas del concurso, véase, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Problemas constitucionales...», Ob. Cit., pág. 395, porque como pone de manifiesto este autor, la tesis del TS tenía a su favor el texto del art. 8, 4º CP, que dice que «en defecto de los criterios anteriores (especialidad, subsidiaridad y consunción) el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor». Hasta ese momento, nadie había cuestionado que la relación entre el art. 252 y el 295 del CP debería ser resuelta por los principios de especialidad o de subsidiaridad o de

activo actúa como si el deber de protección patrimonial no le incumbiera, porque ha asumido que tiene derechos ilimitados respecto de los bienes y derechos que componen el activo patrimonial ajeno. Desde esta perspectiva, es razonable y obvio que el comportamiento se debe realizar respecto de los bienes y derechos cuya titularidad corresponde a la persona titular del patrimonio administrado. Un acto de señorío que se realiza respecto de los bienes y derechos que se encuentran bajo el poder y dominio de derecho, de la persona titular del patrimonio ajeno⁹⁰³.

3.2. COMPORTAMIENTOS DE DISMINUCIÓN DEL PATRIMONIO MEDIANTE EL AUMENTO DEL PASIVO: CONTRACCIÓN PUNIBLE DE OBLIGACIONES

El segundo grupo genérico de supuestos que pueden constituir una administración desleal, están referidos a los comportamientos que generan un aumento del pasivo patrimonial y en este sentido, una disminución del patrimonio total, que no se encuentra limitada al ejercicio de la facultad de representación, sino que también puede darse con ocasión del ejercicio de la facultad de gestión. Ejemplo en el ejercicio de la facultad de representación: el órgano de administración que contrata a un consultor para que realice una investigación de mercado por un considerable valor, sin embargo, la sociedad cuenta entre sus colaboradores y subordinados con un equipo especializado para este tipo de tareas, generando un perjuicio patrimonial por el monto del contrato de consultoría. Ejemplo en el ejercicio de la facultad de gestión: en una empresa dedicada a la fabricación, la no producción de los bienes comercializables utilizando los insumos que garanticen un nivel óptimo de calidad, produciendo un perjuicio patrimonial por el monto de los daños que se ocasionen en atención al consumo del bien, es decir, aquello que, se dejó de vender y ganar sumado a los daños y perjuicios que se ocasionen por el

consunción. Esta opción es corroborada por el cambio operado por el legislador en el ámbito de la administración desleal.

⁹⁰³ Revisar el apartado sobre el objeto material.

consumo del bien, todo por no producir en el nivel adecuado para lograr la calidad que garantice la biodisponibilidad.

Contraer significa literalmente estrechar, juntar algo con otra cosa. Contraer una obligación es asumir como deber el cumplimiento de una obligación o un compromiso. Contraer obligaciones a cargo de la persona titular del patrimonio administrado consiste en anudar (estrechar o juntar) respecto de aquella, el cumplimiento de una obligación. El CC en el art. 1088 establece que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. De este modo, se observa que el legislador civil escogió no definir de manera completa mediante la ley, lo que se debe entender por una obligación, sino que decidió describir desde un punto de vista económico-social, cuál es el contenido material de la obligación: una prestación positiva (dar o hacer alguna cosa) o una prestación negativa (no hacer alguna cosa). Sin embargo, desde una interpretación sistemática se puede observar que la definición de obligación es completada por el propio legislador mediante lo dispuesto en el art. 1911 CC, por lo que, junto al comportamiento debido del deudor, existirá el derecho del acreedor al cumplimiento del deber⁹⁰⁴. La relación jurídica obligacional tendría dos aspectos: un deber cuyo cumplimiento recae en la persona del deudor, y la garantía de responsabilidad que otorga al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento de aquella obligación. La responsabilidad es una garantía que ofrece el derecho al acreedor para que confíe en que se respetará su derecho⁹⁰⁵.

Pero, ¿qué significa contraer obligaciones a cargo de la persona titular del patrimonio administrado en el marco del art. 252 CP? Lo primero que debemos observar es que nos encontramos ante obligaciones que se rigen por lo estipulado en el marco del Derecho privado. Esto quiere decir que la obligación que se contraiga es la que en estos casos genera la tipicidad. Hay otro grupo de supuestos en este ámbito, aquellos supuestos en los que la

⁹⁰⁴ LUNA SERRANO, A.: «Comentario al art. 1088 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, t. II, Madrid, 1991, pág. 3 y ss.

⁹⁰⁵ Importante es también mencionar que el art. 1089 CC establece que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

comisión de un delito también genera una obligación civil⁹⁰⁶. Son supuestos completamente diferenciados. Lo que interesa a la ley penal respecto de la administración desleal está en que el administrador mediante su comportamiento, mediando negocio jurídico o no, genera respecto de la persona titular del patrimonio ajeno, el deber de dar, hacer o no hacer algo. Sin embargo, como el tipo exige un perjuicio patrimonial el dar, hacer o no hacer algo, debe estar normativamente reconducido en términos de valor que permitan apreciar un aumento del pasivo patrimonial y/o, una disminución del patrimonio total. Los supuestos en los que media un negocio jurídico no son objetivamente complicados y la doctrina los asume sin dificultad, es más, precisamente por esta facilidad de apreciar en el marco del ejercicio de la facultad de representación a los poderes de disposición y contracción de obligaciones, la doctrina siempre asumió que estos casos eran los únicos supuestos típicos en el marco de la administración desleal. Sin embargo, esto no es así, porque en el ejercicio de la facultad de gestión también existen excesos o abusos por parte del administrador, excesos reconducibles a un perjuicio patrimonial típico. Recordemos que sólo verificando la infracción del deber se asegura que se alcance la tipicidad de conformidad al principio de legalidad⁹⁰⁷. Aquel ejemplo de la empresa dedicada a la fabricación de bienes cuya producción no se da al nivel óptimo de calidad, porque no se ha realizado una gestión adecuada, lo corrobora.

Por otra parte, se debe descartar la idea de que la contracción de obligaciones no sería más que una modalidad de la disposición⁹⁰⁸ consistente en la asunción por parte de la persona titular del patrimonio, de una carga o gravamen, que reduce el valor de los bienes sobre los que recae,

⁹⁰⁶ Estos últimos casos también pueden ser reconducidos a supuestos de administración desleal.

⁹⁰⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 399.

⁹⁰⁸ Considero que esta confusión se da porque no se entiende la naturaleza jurídica de la obligación. El acreedor o a quien se debe, registra en su activo patrimonial la acreencia, mientras que el deudor o quien debe, registra su obligación (en sentido estricto) en el pasivo patrimonial. Contraer una obligación no tiene un correlato normativo respecto de un bien o un activo, sino que la totalidad de los pasivos sumados a la totalidad de los activos arrojan el valor del patrimonio total, es una cuestión completamente diferente a lo que se quiere significar con la postura comentada.

disminuyéndose a su vez, el valor del patrimonio⁹⁰⁹. Por lo que, en relación a los actos de gravamen entre los que se incluyen la concesión de garantía, hay que tener presente que, en la definición de disposición, se incluyen las acciones de enajenar y gravar. Sin embargo, no debe haber confusión respecto de dónde ubicar el comportamiento típico al tratarse de los supuestos en los que se incluya un gravamen a los bienes. Si el gravamen es tan sólo una limitación respecto del ejercicio dominical del bien, es exclusivamente un acto de disposición (supuestos de garantía real). Si por el contrario el gravamen acarrea una obligación de dar, hacer o no hacer algo en términos de pasivo patrimonial, nos encontramos ante una contracción de obligaciones y, por tanto, ante supuestos de aumento del pasivo y, por ende, de disminución del patrimonio total (la ejecución de la garantía real o personal en caso de incumplimiento). Esto es una cuestión de lógica jurídica. En este sentido, debe rechazarse el considerar la garantía personal como un supuesto de disposición o de contracción de obligaciones⁹¹⁰, primero porque esto por sí solo no acarrea un perjuicio verificable como un aumento del pasivo patrimonial o una disminución del activo patrimonial. La persona titular del patrimonio administrado es “*deudora solidaria*” y, sin embargo, no hay repercusiones en el pasivo hasta que se realice la ejecución de la garantía. Pero esto no significa que estos casos no sean punibles, porque, en segundo lugar, estos casos deben ser reconducidos a los supuestos en los que se impide un aumento del patrimonio total, porque la garantía personal repercute en la capacidad de endeudamiento, limita el derecho a seguir contrayendo obligaciones en función de lo que decida el titular del patrimonio y todo como consecuencia de un comportamiento del administrador. Para que se configure la tipicidad en el delito de administración desleal desde los comportamientos de contracción de obligaciones, se precisa no sólo de la asunción de una obligación, no basta el carácter de deudor de la persona titular del patrimonio administrado, es preciso que el hecho de obligar a la persona titular del patrimonio administrado, sea

⁹⁰⁹ GALLEGOSOLER, J.: «Capítulo XIII...», *Ob. Cit.*, pág. 653.

⁹¹⁰ A favor, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 350. No entendemos la argumentación, sobre todo después de aceptar que en los casos de garantía real es un supuesto de disposición.

reconducido a un perjuicio patrimonial, a una disminución del patrimonio total mediante un aumento del pasivo patrimonial, esto no ocurre en los supuestos de gravamen real o gravamen personal. En el caso del gravamen personal, una disminución patrimonial se da cuando se ejecuta la obligación por la que la persona titular del patrimonio, se ve obligada a pagar subsidiariamente por el titular principal de la obligación.

3.3. COMPORTAMIENTOS QUE IMPIDEN UN AUMENTO FUTURO DEL VALOR PATRIMONIAL TOTAL O QUE CONDUCEN A SU ULTERIOR REDUCCIÓN

Por último, existe un tercer grupo de supuestos mediante los que se perjudica el patrimonio administrado. Son comportamientos del administrador que impiden un aumento futuro (expectante) del valor patrimonial total o que implican una reducción ulterior (subsiguiente) del patrimonio total. Como la administración desleal no es sólo un asunto de verificación del cumplimiento del principio de partida doble, sino que sobre todo se trata de un problema jurídico, es posible verificar otros perjuicios patrimoniales que no se realizan mediante la disposición de los bienes que conforman el activo o a través de la contracción de obligaciones que repercuten en el pasivo⁹¹¹. En este sentido, hay que señalar que el concepto jurídico-económico de patrimonio sí permite valorar, por ejemplo, las expectativas de ganancia de un negocio, el desarrollo de una habilidad empresarial, el desarrollo tecnológico (v. gr., un software para cumplir con el objeto social), el nombre social, la marca de un producto, etc. Un cúmulo de derechos que contablemente no se registran y que, sin embargo, al valorar una sociedad sí que son utilizados para el cálculo de su estimación

⁹¹¹ Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 281, los supuestos en los que existe *ausencia de un incremento patrimonial esperado* o frustración de las expectativas de ganancia, son supuestos de comisión por omisión. Considero que esto es un error, porque la ausencia de un incremento patrimonial esperado no es la omisión, no es el comportamiento típico, es el resultado. Puede que ese resultado se produzca por una acción o una omisión del administrador, lo que a efectos jurídicos es irrelevante, lo importante está en que, como consecuencia de la infracción del deber de protección patrimonial, se ha impedido el incremento patrimonial.

económica transaccional. Por lo que, si un comportamiento del administrador repercute negativamente sobre estos elementos, existirá administración desleal si se comprueba el perjuicio patrimonial consistente en la porción que dejó de incrementarse el patrimonio como consecuencia de la actividad desleal del administrador o la magnitud en que se redujo el mismo. Estos actos constituyen fuente de grandes pérdidas económicas no solo materiales sino también inmateriales, como la pérdida de prestigio del titular del patrimonio administrado, la puesta en peligro de las relaciones económicas de aquella, la generación de estímulos para la repetición del comportamiento, etcétera⁹¹². Son supuestos de estos comportamientos, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: constitución de una “*caja negra*” o contabilidad en “*b*” o casos de contabilidades irregulares con la consecuencia de que se ponen en peligro acciones judiciales de la sociedad o con el fin de encubrir irregularidades⁹¹³; el administrador que no ejerció las acciones de responsabilidad que debía para preservar el patrimonio o por lo menos para no perder los derechos económicos de la sociedad⁹¹⁴; el administrador que vende a la competencia un diseño o un software que le hubiese permitido captar sin dificultad una porción del mercado a un buen precio; el comportamiento inadecuado del administrador que repercute en la cancelación de la negociación ocasionando que se incumplan las expectativas de ganancia; el no guardar el secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que se haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, perjudicando gravemente una negociación; utilizar el nombre de

⁹¹² PASTOR MUÑOZ, N.: «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», en *InDret*, Barcelona, octubre de 2006, pág. 3. Esta autora señala que, nos encontramos también, en el ámbito de la criminalidad intraempresarial o contra la sociedad cometida por parte de los administradores, cuestión que constituye una gran preocupación de las sociedades. Esta autora utiliza como fundamento de estas importantes conclusiones, los informes publicados por las más prestigiosas empresas de consultoría: ERNST & YOUNG, *Wirtschaftskriminalität in Deutschland – Nur ein Problem der anderen?*, 2003; KPMG, *Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2003/2004. Ergebnisse einer Umfrage bei 1.000 Unternehmen*, 2003; PRICE-WATERHOUSE-COOPERS, *Wirtschaftskriminalität 2003. Internationale und deutsche Ergebnisse*, Frankfurt am Main, 2003; PRICE-WATERHOUSE-COOPERS, *Global Economic Crime Survey 2005*, 2005.

⁹¹³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 386. También, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los...*, *Ob. Cit.*, pág. 185 y ss., quien enumera una serie de supuestos de infracción del deber típico, sin señalar a qué modalidad se refieren.

⁹¹⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, pág. 127.

la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas que perjudiquen la credibilidad de la sociedad, ocasionando un perjuicio patrimonial, por ejemplo, no poder acceder a una línea de crédito necesaria para cumplir con las obligaciones oportunamente; aprovecharse de manera personal o respecto de un tercero de las oportunidades de negocio de la sociedad impidiendo que aquella realice el negocio; desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva aprovechándose de los recursos, tecnología y en general, del *know how* de la sociedad, repercutiendo en menores ingresos para la sociedad; el administrador que no realiza adecuadamente la supervisión y control del proceso de calidad, por ejemplo, el administrador de una sociedad dedicada al diseño, fabricación, comercialización y distribución de vehículos que en el marco de las competencias de gestión no realiza adecuadamente la supervisión y control del proceso de calidad sobre las emisiones de CO₂, provocando que se contamine el medio ambiente por encima de los niveles tolerados, acarreando a la sociedad la responsabilidad y la obligación de pagar cuantiosas multas con el correlativo aumento del pasivo y, en consecuencia, la disminución del patrimonio total, etc.

Como vemos, existe una importante gama de supuestos de administración desleal en los que se perjudica el patrimonio en la parte que dejó de percibir la persona titular del patrimonio por el comportamiento inadecuado del administrador o en los supuestos en los que se realiza una posterior disminución patrimonial (por ej., la comisión de un delito que genera la obligación civil de resarcir daños y perjuicios por parte del titular del patrimonio administrado). Sin embargo, es preciso que para que se alcance la tipicidad en estos supuestos, se determine adecuadamente que el comportamiento produjo un perjuicio al patrimonio, y que ese perjuicio sea cuantificable. Pero que ese perjuicio se produjo con ocasión de la infracción de los especiales deberes del administrador, de manera preponderante el deber de lealtad que, respecto de la administración desleal, como hemos visto, se concreta en la infracción del deber de protección patrimonial. Sólo verificando la infracción del deber se asegura que se alcance la tipicidad de conformidad

al principio de legalidad⁹¹⁵. Los criterios de imputación objetiva rigen de igual modo.

4. ACCION Y OMISIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER⁹¹⁶: FUNDAMENTO, POSICIÓN DE GARANTE Y DESVINCULACIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE

Los delitos de comisión se manifiestan de dos maneras: delitos activos y delitos impropios⁹¹⁷ de omisión⁹¹⁸, denominados también delitos en comisión

⁹¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 399.

⁹¹⁶ Una vez que hemos culminado estos apartados relacionados con la determinación de los genéricos comportamientos típicos o de las modalidades que permiten apreciar un perjuicio patrimonial en el ámbito de la administración desleal, debemos analizar las repercusiones de la teoría de los delitos de infracción de deber respecto de la modalidad comisiva, es decir, de la acción u omisión que explique el comportamiento típico. En este ámbito también es importante determinar de dónde surge la posición de garante del administrador y cómo se puede realizar la concreta desvinculación de aquella, que repercuta en la limitación del título de imputación para quien haya desvinculado su posición de garantía de manera lícita.

⁹¹⁷ Como señala MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 235, el carácter de impropio de la omisión reside en que se trata de delitos que requieren evitar la producción de un resultado; MAURACH, R.: *Tratado...*, *Ob. Cit.*, pág. 263, lo describe señalando que se debe a la orientación de su injusto a la norma antepuesta al tipo, una norma prohibitiva. Por su parte, el carácter propio de la omisión está en la exigencia de un mandato de acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si la acción evitó o no el resultado. Para JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 944, en los delitos de omisión propios semejantes a la comisión (a la acción), la omisión es una modalidad delictiva con la medida y género de injusto de la modalidad de acción: actuar y omitir equivalen expresamente. Como señala BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 537-538, los delitos propios de omisión requieren la realización de una acción cuya punibilidad es independiente de la existencia de un delito de comisión activa, cosa que no ocurre en los delitos de comisión por omisión.

⁹¹⁸ Sobre los delitos de omisión, revisar: MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 315 y ss., quien sostiene que el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada por una norma preceptiva; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre los conceptos de omisión...», *Ob. Cit.*, pág. 189 y ss., desde un concepto normativo, señala que, tanto el hacer positivo como el no hacer (hacer pasivo) se corresponden en plano ontológico con las diferentes manifestaciones del comportamiento. El comportamiento se manifiesta mediante (manejando) procesos causales: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que estos sigan su curso o que no se inicien. Para BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos impropios de omisión*, Ed. Pannedille, Madrid, 1970, pág. 80, la naturaleza normativa de la omisión impide que se aprecie un nexo causal (fenomenológico) entre un sujeto y una falta de actividad respecto de un resultado, pero no impide imputar ese resultado al sujeto como suyo porque es consecuencia normativa de su comportamiento pasivo. Pues lo importante en la imputación por omisión está en la valoración del comportamiento como causalidad (valorativa) del resultado. Por lo que, según RODRÍGUEZ MESA, M.: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 25 y ss., el no hacer como el hacer, son una manifestación del comportamiento, son elementos

por omisión⁹¹⁹. En los delitos de comisión por omisión la problemática consiste en establecer cuándo no evitar el resultado es punible, porque equivale a la producción activa del mismo⁹²⁰. La equivalencia funcional y normativa entre acción y omisión (comisión por omisión) se da porque el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión. El art. 11 CP establece que⁹²¹, aquellos delitos que consistan en la producción de un resultado, sólo se entenderán como comportamientos omisivos cuando la no evitación de aquel acto, mediante la infracción de un especial deber del autor,

integradores de un concepto ontológico de acción que sirve de presupuesto tanto a los delitos comisivos como a los omisivos. El comportamiento pasivo consiste en dejar que los procesos causales sigan su curso o que simplemente no se inicien. Es indiferente normativamente que el sujeto cuyo comportamiento pasivo produce el resultado, realice alguna actividad o no realice ninguna (inactividad) (en contra, SILVA SÁNCHEZ, J.: *El delito de omisión: concepto y sistema*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pág. 164 y ss., para quien la omisión es siempre inactividad). Estas diferenciaciones fenomenológicas tampoco interesan al Derecho penal. Lo importante no es apreciar lo que en el momento del suceso el sujeto hacía o no hacía, sino que se trata de observar que el sujeto se ha comportado pasivamente respecto de lo que normativamente era lo esperado (una acción). Porque el contenido material de la omisión o el aspecto normativo fundamental está en que constituye la no realización de una acción esperada y debida, en relación al tipo delictivo. Sobre esta última cuestión que no es pacífica, JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 940 y ss.; JAKOBS, G.: *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 31 y ss., 41 y ss.; también, REQUENA JULIANI, J.: *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio. Posición de garante e imputación objetiva*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 23 y ss., 157 y ss., *passim*.

⁹¹⁹ Para MAURACH, R.: *Tratado...*, Ob. Cit., pág. 262, los delitos de omisión no constituyen una unidad. Es preciso, separar dos grupos de delitos que difieren entre sí por sus presupuestos, estructura y efectos jurídicos, y en los que la presencia de una categoría excluye la apreciación de la otra. A los *propios* delitos de omisión (*delicta omisiua*) se oponen, con total autonomía, los llamados *impropios* delitos de omisión (*delicta commissiva per omissionem*).

⁹²⁰ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 946. Hay muchos tipos penales en los que sólo se castiga el actuar. Para los preceptos de esta clase, el § 13.1 StGB o el art. 11 CP, contiene una norma general de transformación, o más exactamente, una norma de complementación, la cual indica que la norma de prohibición del delito de comisión ha de complementarse con la norma prescriptiva de un delito de omisión y que a la infracción del mandato ha de aplicársele la sanción correspondiente a la infracción de la norma de prohibición. Los delitos de omisión que surgen así, complementando genuinos delitos de comisión, se llaman delitos de omisión impropios.

⁹²¹ El texto del art. 11 CP, es el siguiente: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Normas consolidadas contenidas en este código, que comprenden todas sus redacciones, desde el texto original hasta la versión vigente, tomado de la página web del BOE, www.boe.es.

equivale a su causación⁹²², por tanto, existirá una equivalencia funcional y valorativa entre acción y omisión⁹²³. Desde la moderna teoría, se entendería que dar muerte a otro es equivalente a no impedirla, porque la omisión está entendida no como causa del resultado, sino como causa de la no evitación del resultado. Lo fundamental en relación a esta investigación radica en que, el administrador es garante de la no producción del resultado típico o de la evitación del resultado prohibido, por la posición que deriva de la ley y de la

⁹²² Los problemas que se querían resolver con esta norma jurídica eran los siguientes: establecer cuáles son los criterios materiales que permiten inferir que no impedir un resultado es equivalente a su producción activa; y, además, lograr encajar esta solución con el principio de legalidad. Como bien señala BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 541-543 y ss., el problema se solucionó primeramente aceptando la equivalencia entre producir y no impedir, desde la teoría de la causalidad. Sin embargo, se observó que causar no es lo mismo que no impedir, no es lo mismo dar muerte a otro que dejarle morir. Por lo que se introdujo una limitación dogmática a la configuración de la comisión por omisión: sólo las omisiones que impliquen la infracción de un determinado *deber de actuar* deben ser típicas. Se sustituyó el criterio de la causalidad por el criterio de la antijuridicidad como fundamento de la equivalencia entre acción y omisión (comisión por omisión). Esto fue lo que se denominó teoría formal de las fuentes del deber, el problema estaba en que existían supuestos en los que esta teoría resultaba insuficiente para explicar el fundamento de la comisión por omisión. Esta teoría podía explicar con suficiencia los deberes de protección que existen en el núcleo familiar entre los padres y los hijos y, sin embargo, estaba limitada en los casos en los que la ley no exigía deber alguno. Por ejemplo, el sobrino huérfano criado por su tía y que había crecido en casa de ésta no tenía hacia ella, por imperio de la ley, los deberes que le incumbían respecto de sus padres. Por lo que dejarle morir sería una omisión típica a lo sumo de conformidad al delito de omisión del deber de socorro y no en relación al art. 138 CP, (sobre la discusión de la teoría formal del deber, sus críticas y correctivos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 544-545). Por lo que fue necesaria una nueva corrección dogmática: la estrecha relación del omitente con el bien jurídico configura una especial posición de garante respecto de la no producción de un resultado prohibido. La posición de garante constituiría el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado (comisión por omisión). Esto constituye el núcleo de la teoría funcional de las fuentes del deber, en la que el que ostenta la posición de garante debe ejercer dos funciones respecto del bien jurídico: la función de protección y la función de vigilancia de una determinada fuente de peligro (sobre esta cuestión, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 324; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 547).

⁹²³ Serían dos los criterios que determinan cuándo una omisión de impedir el resultado típico es equivalente a una acción de causarlo: a) cuando el omitente estando en posición de garante, incumple un deber jurídico (no sólo legal); y, b) que el comportamiento se adecúe a las modalidades típicas que el tipo penal en concreto previamente ha determinado. Como señala BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 547, de estos criterios y en relación al art. 11 CP, (pág. 550 y ss.) se entendería que la comisión por omisión requiere: la producción de un resultado prohibido, la calificación que el tipo de acción requiere para el autor exige que la comisión por omisión se realice por un sujeto con las mismas cualificaciones, la capacidad para realizar el comportamiento, la determinación de que le era evitable comportarse no omitiendo el deber, la causalidad hipotética o la causalidad valorativa entre el comportamiento y el resultado, la posición de garante del omitente, la equivalencia de la ilicitud omisiva con el delito de comisión; en el mismo sentido, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 324 y ss.

especial relación jurídica que ostenta o se arroga respecto del bien jurídico, en relación con el patrimonio ajeno administrado. Si infringe su deber como garante (el deber de protección patrimonial al que se encuentra obligado respecto del titular del patrimonio administrado) se habrá configurado la tipicidad. El comportamiento se realiza excediéndose de las facultades de gestión o representación que ostenta para administrar el patrimonio atacado, lesionado o perjudicado.

Como nos encontramos ante un delito de infracción de deber, es mucho menos problemático observar la equivalencia entre acción y omisión⁹²⁴, porque en estos delitos, el autor siempre se encuentra en posición de garante⁹²⁵. En el ámbito de los delitos de infracción de deber⁹²⁶ destaca la equivalencia normativa entre acción y omisión⁹²⁷. La infracción del deber positivo puede

⁹²⁴ Unos resultados que coinciden con la estructura de los delitos en comisión por omisión que hemos esbozado, pero que, tiene el mérito de estar referida a la fundamentación del injusto, del que derivan los caracteres del tipo y la interpretación.

⁹²⁵ REQUENA JULIANI, J.: *Intercambiabilidad de acción y omisión...*, *Ob. Cit.*, pág. 147 y ss. Este autor pone de relieve que la consideración de un delito como de infracción de deber supone dos consecuencias dogmáticas: a) el especialmente obligado es siempre autor y, el *extraneus* no obligado, es siempre partícipe del hecho; y, b) se observa la intercambiabilidad entre acción y omisión.

⁹²⁶ En este sentido, una de las cuestiones más trascendentes de esta investigación respecto del delito de administración desleal, ha sido la determinación de que nos encontramos ante un delito de infracción de deber (sobre esta cuestión y sus resultados revisar el capítulo sobre los fundamentos del delito de administración desleal). Además, hemos afirmado que, aunque este delito es uno que protege el patrimonio, por los especiales caracteres de realización en los comportamientos de administración del órgano de administración, nos encontramos también ante un delito societario y económico. Esto es importante, porque, según BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas...*, *Ob. Cit.*, pág. 20, debe tenerse presente que el carácter definitorio y común de los delitos de empresa es que son delitos de infracción de deber.

⁹²⁷ Contrariamente a lo que afirma CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 426 y ss., no es necesario indagar sobre si la conducta típica admite su comisión omisiva. Porque no es esto lo fundamental. Si nos encontramos ante un delito de infracción de deber, es indiferente que se lo infrinja mediante acción u omisión. Las otras cuestiones que este autor refiere, que están relacionadas con la omisión o expresado con mayor precisión, con la comisión por omisión (determinar si los sujetos omiten el comportamiento debido o si tenían posibilidad de evitar o de disminuir el perjuicio causado), no guardan relación con la estructura del comportamiento sino con los criterios de imputación objetiva en relación al hecho concreto. Sin embargo, importante es la referencia de sí la existencia de actos de apoderamiento (usurpación) o de delegación de facultades eximen o no de responsabilidad al apoderante o al delegante, respecto de los actos perjudiciales realizados por los apoderados o los delegados. Normativamente, estamos ante el problema de la desvinculación de la posición de garante.

llevarse a cabo de forma equivalente mediante acción o mediante omisión, sin que ello signifique modificación alguna respecto de los presupuestos de la imputación⁹²⁸. Lo relevante es la defraudación de la expectativa en sí, y no la forma, acción u omisión, en la que se produce dicha defraudación⁹²⁹. Por lo que, si se infringe el deber de protección patrimonial derivado del deber de lealtad respecto de la persona titular del patrimonio administrado por parte del administrador, carece de trascendencia que la infracción del deber se realice mediante acción u omisión⁹³⁰. Lo fundamental será apreciar que se ha infringido el deber y como consecuencia de esta infracción, se causa un perjuicio al patrimonio ajeno⁹³¹. Con todo, a pesar de estos importantes resultados y sus

⁹²⁸ REQUENA JULIANI, J.: *Intercambiabilidad de acción y omisión...*, *Ob. Cit.*, pág. 160.

⁹²⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, *Ob. Cit.*, pág. 82. Este autor pone de relieve (pág. 65 y ss.) que a raíz de las últimas investigaciones científicas sobre los delitos de comisión por omisión no se considera ya factible el intento de realizar una delimitación de forma precisa entre acción y omisión, lo que lleva a pensar que tal distinción no puede ser de tanta importancia como se creía. La antigua literatura condicionaba la configuración de un hecho punible a una actividad positiva, a un movimiento corporal, mientras que hoy la doctrina ha señalado las “*grotescas consecuencias*” que conlleva el intento de reconducir toda responsabilidad a un movimiento corporal concreto. Pone como ejemplo el hecho de que, con la industrialización, el trabajador es sustituido en gran número de ocasiones por un robot, de tal forma que su labor ahora consiste en intervenir cuando exista una perturbación en la cadena de producción. La consecuencia es obvia: mientras antes un producto defectuoso podía y tenía que ser atribuido a su comportamiento activo, ahora el producto defectuoso sólo puede ser atribuido a una omisión: la omisión de corregir el defecto causado por el robot.

⁹³⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas...*, *Ob. Cit.*, pág. 23. Para estos autores, la equiparación entre acción y omisión en los delitos de infracción de deber, no es una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino una cuestión de lógica jurídica. Si un administrador debe cumplir un deber positivo, su incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone (una acción), como si no actúa para cumplirlo (omisión). En la doctrina del delito de administración desleal societaria, esta opción, incorrectamente, no era comúnmente apreciada. Para FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, pág. 582, como el tipo describía comportamientos comisivos, no cabía la omisión; en sentido parecido, MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, *Ob. Cit.*, pág. 342, sostenían que la naturaleza de los comportamientos típicos (disponer y contraer obligaciones) exige la realización de actos positivos que excluyen las formas omisivas de comisión; también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 127, sostiene que el no ejercitar acciones de las que se deriva la pérdida de derechos económicos para la sociedad, es un comportamiento no típico.

⁹³¹ A favor de la comisión por omisión en la administración desleal societaria, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 426, pero lo hace desde una fundamentación fenomenológica innecesaria. Desde esta perspectiva, resulta también irrelevante la discusión sobre si cabe la comisión por omisión respecto de los comportamientos en los que media un negocio jurídico o no, al respecto revisar sobre el tema en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 281 y ss. Ya sea que se acepte el tipo de abuso o el tipo de infidelidad como modelo para interpretar el art. 252 CP (lo que no debe repercutir en la interpretación típica,

consecuencias, aún no sabemos, en los términos de la doctrina tradicional, en qué consiste la comisión por omisión o cuál es su fundamento en el ámbito del delito de administración desleal. Únicamente hemos aceptado que en los delitos de infracción de deber y, por tanto, en la administración desleal, la diferenciación fenomenológica entre acción y omisión, carece de consecuencias⁹³². Esta diferenciación fenomenológica carece de relevancia tanto si se analiza respecto de la estructura de los delitos de infracción de deber como si se analiza el problema desde la estructura de los delitos de comisión por omisión. Esto quiere decir que, la fundamentación de la equivalencia entre acción y omisión en la administración desleal ya sea desde la fundamentación de la comisión por omisión (el art. 11 CP) o desde la teoría de los delitos de infracción de deber tiene plena coincidencia⁹³³. Sin embargo, era necesario desarrollar el fundamento desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, porque es la teoría desde la que partimos para explicar el injusto de la administración desleal y, por tanto, se requería coherencia con los presupuestos. Además, era preciso hacerlo así, porque existen supuestos de administración desleal en los que el autor del delito (aparentemente) no ostenta un especial deber de evitación del resultado, sino que su comportamiento se reconduce a la tipicidad porque fácticamente ha asumido las funciones y competencias del administrador, nos referimos a los casos del administrador de hecho⁹³⁴. Por tanto, ya sea que se aprecie una actuación del administrador de

revisar el Capítulo Segundo), lo cierto es que en ambas modalidades típicas el administrador, se encuentra en posición de garante. Debe cumplir con el deber de protección patrimonial. Si lo infringe responde, siempre como autor, da lo mismo que lo infrinja por acción u omisión.

⁹³² Aquí la cuestión se centra en los delitos de omisión impropia o delitos de comisión por omisión.

⁹³³ Bastaba la formulación de la teoría formal, aunque preferimos la teoría funcional.

⁹³⁴ Revisar el apartado sobre el autor típico, porque en los supuestos de administradores de hecho, es aparente la no vinculación al deber, porque si su actuación se realiza sin que sea reprochada o reprobada por parte del titular del patrimonio administrado, debe entenderse que existe un acto de entrega-recepción de las facultades de gestión negativo, es decir, no formalizado mediante las exigencias concretas de la normativa que regula la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado. Sin que eso pueda servir de argumento para desvincularse de la posición de garante. Por eso el ordenamiento jurídico civil, mercantil y penal, garantizan la positivización del acto mediante la determinación de la responsabilidad en los casos de actuación de un administrador de hecho, precisamente, porque estaba en posición de garantía.

derecho o de un administrador de hecho, si se verifica que actuaba en posición de garante, estamos ante un sujeto típico de administración desleal del art. 252 CP⁹³⁵. Lo importante, por tanto, es observar que el autor típico se encontraba en una concreta posición de garante respecto de la protección del patrimonio administrado a la que se encuentra sujeto el administrador⁹³⁶.

El fundamento de los delitos de infracción de deber está en el aseguramiento de una concreta institución positiva, porque el autor del delito se encuentra en una concreta y privilegiada posición jurídica respecto del bien jurídico. La infracción de los deberes relacionados con la protección y aseguramiento de la posición jurídica constituye la esencia de la tipicidad. De esa concreta posición jurídica respecto del bien jurídico, surge o deviene la

⁹³⁵ En contra de esta interpretación, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 432 y ss., porque considera que el administrador de hecho no se encuentra en posición de garante y, por tanto, sólo será responsable en los supuestos de comisión activa. Esta crítica será tratada en el apartado sobre el autor típico. Sin embargo, es preciso dejar constancia de que esta conclusión no responde a la lógica, porque si el administrador no está en posición de garante, no responde en ningún supuesto ante una administración desleal, aunque se trate de la comisión activa. La teoría demanda esta conclusión.

⁹³⁶ Por esta razón, aunque es bienvenida y muy oportuna la crítica sobre la necesidad de una mejor determinación de los comportamientos típicos, es rechazable que se requiera también, una determinación casuística de los comportamientos omisivos. Resulta irrelevante y muy discutible una determinación fenomenológica particularizada de los riesgos al patrimonio administrado, porque lo importante está en verificar la existencia del deber (posición de garante) y que, como consecuencia de la infracción de aquel, se haya producido un perjuicio patrimonial. No es trascendental la forma en que se produce el ataque, acción u omisión. Por tanto, la discusión sobre esta cuestión a nivel legislativo, carece de repercusiones materiales, aunque sí se requiera a efectos de la interpretación típica. Además, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PE, quinta edición, pág. 546, la referida cláusula resultaría superflua, dado que ya existe la norma del art. 11 CP para castigar los supuestos de autoría del directivo en comisión por omisión y las reglas generales (v. gr., delitos de infracción de deber, delitos especiales [art. 65.3 CP], etc.) para castigar la participación de dicho administrador en comisión por omisión (por lo que, no se entiende que inmediatamente después, este autor, acepte la necesidad de establecer un tipo genérico de omisión). Sobre esta discusión, véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PE, quinta edición, pág. 545; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», Ob. Cit., pág. 529; proponiendo *de lege ferenda*, la inclusión de determinados comportamientos activos y omisivos, NIETO MARTÍN, A.: «17.7. Administración desleal», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., coord. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Valencia, 2013, pág. 787 y ss. Esta discusión existía ya en relación a la suprimida administración desleal societaria, revisar, NIETO MARTÍN, *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 275 y ss.; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 426 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 60 y ss.

concreta posición de garante⁹³⁷. En el ámbito del art. 252 CP, el administrador ostenta un deber positivo de protección respecto del patrimonio ajeno. Un deber que le exige comportarse de tal manera que no sólo no debe causar daños contra el patrimonio ajeno, sino que además debe procurar una mejora, cuidado y protección especial del mismo. Este deber penal de protección patrimonial del administrador respecto del patrimonio ajeno está contenido y/o se deriva de la ley penal, del art. 252 CP y se encuentra relacionado normativamente con otros sectores del ordenamiento jurídico. En este tipo penal se establece que será punible la conducta de aquel que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, ocasione un perjuicio económico como consecuencia de la infracción de las facultades concedidas excediéndose en el ejercicio de aquellas. Por lo que, desde el mismo tipo penal se desprende que quien tiene facultades de administración de un determinado patrimonio tiene también no sólo un deber negativo de no dañar el patrimonio ajeno, deber que por regla general le compete cumplir a todo ciudadano: ningún ciudadano por regla general está autorizado para causar perjuicios patrimoniales en patrimonios ajenos; sino que además, en su concreto ámbito de relación, al administrador, le corresponde respecto del patrimonio gestionado o administrado, un deber de protección patrimonial cuya infracción lo convierte en responsable de un delito de administración desleal en calidad de autor. La posición de garante respecto del bien jurídico, deriva de la exigencia típica. Este deber surge de la relación jurídica que origina la entrega y recepción de las facultades de administración

⁹³⁷ Como pone de manifiesto, REQUENA JULIANI, J.: *Intercambiabilidad de acción y omisión...*, Ob. Cit., pág. 161-162, esta cuestión parece no ofrecer dudas en el ámbito de los delitos de infracción de deber. Por esta razón, se puede hablar sin dificultad de la intercambiabilidad entre acción y omisión, porque lo importante es que se infrinja el deber que produce el resultado prohibido y no la forma activa u omisiva que revista la infracción del referido deber. Sin embargo, en el ámbito de los delitos de dominio la cuestión de la intercambiabilidad entre acción y omisión resulta más problemática, sobre todo porque no se acepta que exista una genérica posición de garante para todos los delitos. En este sentido, señalaremos que la obligación originaria (*neminem laede*) fundamento de los delitos de dominio, puede ser vulnerada mediante acción u omisión, pero sobre todo que, las prohibiciones pueden ser también propuestas (formuladas) como mandatos. En este sentido, acción y omisión son siempre intercambiables, porque lo importante no es la forma gramatical en que se expresa la prohibición o mandato, sino observar si se infringe o no el deber positivo (delito de infracción de deber) o negativo (delito de dominio), ya sea mediante acción u omisión. Esto tiene una repercusión dogmática importante: los presupuestos de la imputación son siempre los mismos, indiferentemente de que se trate de un comportamiento activo u omisivo.

respecto del patrimonio ajeno. El tipo penal del art. 252 CP, nos dice que ésta relación jurídica puede proceder de la ley, puede ser encomendada por alguna autoridad o también pueden ser asumidas mediante un negocio jurídico⁹³⁸. A este respecto, cabe afirmar que el deber de protección patrimonial cuya infracción es punible de conformidad con el art. 252 CP, deriva de modo genérico de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado y se concreta a partir del deber de lealtad que el administrador tiene respecto del titular del patrimonio administrado. Por ejemplo, el art. 227 TRLSC establece que *“los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. En el núm. 2 se establece que *“la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”*. La mención explícita del texto de esta prescripción en el Preámbulo de la LO 1/2015, nos permite inferir que el legislador ha pensado que dentro del deber de lealtad existe un correlativo e intrínseco deber de protección patrimonial. La lealtad debida exige un comportamiento en interés de la persona titular del patrimonio ajeno administrado y, los perjuicios patrimoniales ocasionados por un comportamiento del administrador no pueden ser sino verdaderos comportamientos que repercuten de manera negativa en el interés de la persona titular del patrimonio y, por tanto, se trata de graves comportamientos de deslealtad⁹³⁹. Por lo que, el ámbito normativo del deber de lealtad exigido al administrador le obliga a cumplir también con un deber de protección patrimonial, porque toda actuación en el marco de sus facultades que causen perjuicio patrimonial es contraria al interés del titular del patrimonio

⁹³⁸ Revisar la argumentación desarrollada en torno a esta cuestión en el capítulo sobre la explicación de la positivización de la administración desleal.

⁹³⁹ El texto del art. 228 del TRLSC, corrobora esta idea. En ese artículo, se determina cuáles son las obligaciones básicas que se derivan del deber de lealtad. En el literal a), se dispone al administrador no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas (relaciones externas); en el literal e), se dispone adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (reconducibles tanto a las relaciones externas como a las relaciones internas).

administrado y, por tanto, es infractora del deber de lealtad⁹⁴⁰. Es indudable que, en el delito de administración desleal, el administrador se encuentra en posición de garante⁹⁴¹, se trata de un delito de infracción de deber. El especial deber de custodia patrimonial se convierte en el vehículo comisivo. Entonces, es irrelevante cómo fenomenológicamente el administrador infrinja su deber, lo importante está en verificar si como consecuencia de la infracción del deber se configura el resultado prohibido, se produce el perjuicio para el patrimonio administrado.

El gran campo de aplicación de los comportamientos omisivos, de la comisión por omisión, está en los comportamientos ya sea de quienes se encuentran en el mismo nivel jerárquico (v. gr., supuestos de actuación de un consejo de administración) o de los subordinados (v. gr., supuestos de actuación de sujetos que se encuentran en un nivel jerárquico inferior), que se explican como infracción por omisión de los deberes del administrador. Por ejemplo, si en una sociedad se emiten tarjetas de crédito a nombre de los consejeros, de altos directivos o de empleados cuya jerarquía es inferior y no se realiza control o revisión alguna respecto del uso del dinero o bienes dispuestos con la tarjeta, existe administración desleal del órgano de administración en comisión por omisión, por no haber cumplido positivamente con los deberes de control que permiten el cumplimiento del deber de protección patrimonial, siempre que haya un perjuicio patrimonial⁹⁴². Hay otros supuestos en los que el administrador infringe el deber y al mismo tiempo, ejecuta el hecho que produce el resultado: el administrador que deja transcurrir

⁹⁴⁰ En las propuestas de creación de un tipo de administración desleal de patrimonios ajenos, destaca la necesidad de configurar el tipo como de infracción de deber. Infracción del deber de protección del patrimonio ajeno. Revisar, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 400; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 343.

⁹⁴¹ En sentido parecido, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 275. Lo que no se entiende es por qué este autor considera que se trata de un delito especial y, sin embargo, citando a SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pág. 92 y ss., sostiene que se trata de un delito de dominio.

⁹⁴² Además del propio delito de administración desleal de cada uno de los administradores que han utilizado de manera inadecuada las tarjetas de crédito, disponiendo irregularmente de los bienes del titular del patrimonio, ocasionándole un perjuicio económico en la cuantía de los irregulares gastos.

el plazo de prescripción de una obligación; el administrador que omite denunciar un contrato (en el tiempo concedido para ello) del que se derivará un perjuicio patrimonial; el administrador que deja transcurrir el plazo que la sociedad tiene para satisfacer una obligación generando junto al pago de aquella, el pago de los daños y perjuicios indemnizatorios; el administrador que para favorecer a otra sociedad en la que tiene intereses, desaprovecha la oportunidad de negocio que iba a reportar importantes beneficios para con la sociedad titular del patrimonio a cuya protección está obligado⁹⁴³; el administrador que encargado de vender unas acciones de la sociedad no lo hace a sabiendas en el momento oportuno, privando a la sociedad de un mayor lucro⁹⁴⁴; etcétera.

Estos dos grandes grupos de supuestos, constituyen las dos formas fenomenológicas en que se puede producir la infracción del deber de protección patrimonial por la omisión de una acción (omitiendo hacer algo) o en comisión por omisión. Sin embargo, en ambos grupos de supuestos lo importante está en que se infringe el deber y el resultado se produce. El administrador se encuentra en posición de garante e infringe su deber de protección patrimonial por sí mismo o mediante el comportamiento de un tercero, sin embargo, el resultado se produce como consecuencia de la infracción de su deber, por eso debe responder como dueño del hecho en calidad de autor, en estos casos en comisión por omisión. A partir de esta observación, sobre las formas mediante las que se puede infringir el deber, existe la posibilidad lícita de desvincularse de la posición de garante. Porque en los casos en los que el comportamiento típico lo realice un tercero, sea este un subordinado o un sujeto que se encuentra en el mismo nivel jerárquico, para imputar al administrador será preciso observar una inadecuada desvinculación de la posición de garante y, por tanto, en este caso se puede afirmar que, el comportamiento del tercero y su resultado es consecuencia del comportamiento del administrador, porque ha infringido su deber y se ha configurado el resultado prohibido.

⁹⁴³ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 235-236.

⁹⁴⁴ CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 428.

El problema de la desvinculación de la posición de garante hace referencia a aquellos supuestos o circunstancias en los que el inicialmente garante, puede argumentar no serlo, con efectos exonerantes de la responsabilidad penal⁹⁴⁵. Hay que precisar que no es posible afirmar que el sujeto no sea garante, porque, por ejemplo, el administrador no puede afirmar no ser garante de la no afectación en el marco de su actuación de los intereses que se encuentra obligado a proteger o custodiar, lo que sí se puede afirmar es que existe la posibilidad de realizar una desvinculación perfectamente lícita de la posición de garantía, y en los casos en que concurra, puede alegar no ser garante de la no producción del resultado prohibido, en el marco de la concreta desvinculación. Pero este problema está referido de manera exclusiva a los casos en los que el administrador requiera para el cumplimiento de las tareas de gestión y/o representación, la ayuda de otras personas, es decir, la presencia de otros ámbitos de organización a los que se puedan adherir determinadas obligaciones para que el administrador cumpla con sus deberes. Ya sea en los supuestos de varios administradores o en los supuestos en los que se requiera la presencia de subordinados⁹⁴⁶. En los demás supuestos, no es posible una desvinculación de la posición de garante, y si el administrador no quiere o no puede hacer frente a las obligaciones y deberes respecto del titular del

⁹⁴⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., Madrid, 2013, pág. 218.

⁹⁴⁶ Hay varios trabajos que se dedican a dar una respuesta a esta problemática. Entre los que destacan, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición...», *Ob. Cit.*, pág. 217 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas...*, *Ob. Cit.*, pág. 25 y ss.; MEINI MÉNDEZ, I.: *Responsabilidad penal del empresario...*, *Ob. Cit.*, pág. 33 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.: «Criminalidad de la empresa: problemas de autoría y participación», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pág. 106 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pág. 59 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: «Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 17 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de atribución*, Ed. Cedecs, Barcelona 1997, pág. 163 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.: «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Libro Homenaje al PROF. KLAUS TIEDEMANN, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 209 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pág. 63 y ss.; entre otros muchos.

patrimonio administrado, respecto de la protección del patrimonio ajeno, deberá renunciar al cargo. Únicamente la renuncia comporta una desvinculación total de la posición de garante⁹⁴⁷. Esto no obsta para entender que en los casos en los que, por ejemplo, se autoriza al administrador a utilizar las facultades de administración en beneficio propio (otorgamiento de créditos o garantías personales a su favor, etc.), o en los que no se verifique autonomía plena en la gestión patrimonial, siendo el administrador un mero ejecutor, nos es imposible hablar de una total vinculación con el deber de protección patrimonial, en estos casos, la posición de garante no ha sido totalmente cedida por parte del titular del patrimonio administrado o, en su defecto, ha mediado consentimiento por parte del titular del patrimonio para la realización del comportamiento que produce una disminución patrimonial, en estos casos no se puede hablar de infracción del deber de protección patrimonial y por tanto, son atípicos, porque no superan los criterios de la imputación objetiva, especialmente el del riesgo prohibido⁹⁴⁸. En estos casos, aunque exista disminución patrimonial, no se puede hablar de perjuicio típico.

Aquí, surge una interrogante, ¿cómo se logra una correcta desvinculación de la posición de garante?, o lo que es lo mismo, ¿cómo se concreta (prueba) *ex post* una correcta desvinculación de la posición de

⁹⁴⁷ Es preciso tener en cuenta el momento, las circunstancias y las motivaciones de la renuncia, porque si el garante administrador renuncia en un momento en que las circunstancias ameritan su presencia por los conocimientos que de la situación posee (haber gestionado un determinado riesgo o haber desatado un determinado peligro, etc.), una renuncia no le exonera o no le desvincula totalmente de la posición de garantía. Por otro lado, si la motivación de la renuncia está en no querer a sumir la gestión de unos determinados riesgos o peligros o en ocultarlos para que el próximo administrador o garante los gestione, la renuncia tampoco comporta una exoneración o desvinculación total de la posición de garante. Finalmente, si ha gestionado inadecuadamente o desencadenado un riesgo o peligro y posteriormente renuncia, los perjuicios que se hayan producido como consecuencia de estos hechos, aun habiendo renunciado, le pertenecen y, en este sentido, la renuncia comporta una desvinculación total de la posición de garante de los hechos futuros, pero no de los pasados. Como explica BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa...*, Ob. Cit., pág. 237, esta situación se presenta también en los casos del consejero dimisionario, en el que, el consejero dimite para no tener que afrontar una votación, renunciando de este modo, al ejercicio del deber. Señala BACIGALUPO que, aunque sea “*cierto que los deberes son renunciables... dejan de serlo cuando ya se ha presentado la situación generadora del peligro del perjuicio que tiene que evitar. En tales casos la dimisión es equivalente a la ausencia no justificada; por tanto, equivale a la renuncia a impedir y además facilita el delito*”, por eso debe anudarse al comportamiento del administrador, la responsabilidad penal.

⁹⁴⁸ En sentido parecido, PASTOR MUÑOZ, N, COCA VILA, I.: «Tema 11...», Ob. Cit., pág. 269-270.

garante? La respuesta está en la imputación objetiva⁹⁴⁹. Es decir, en el adecuado cumplimiento de los procedimientos legales para realizar la desvinculación de la posición de garante⁹⁵⁰, lo que significa que, debe quedar cubierta por alguno de los sub-institutos de la imputación objetiva⁹⁵¹: fin de protección de la norma, riesgo permitido, principio de confianza, acciones neutrales, prohibición de regreso, etc. Por lo que, una pretendida desvinculación de forma unilateral y sin respetar los presupuestos de la imputación objetiva conduce siempre a la responsabilidad penal⁹⁵². Lo anterior tiene importancia con las actuales

⁹⁴⁹ Según GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva...», *Ob. Cit.*, pág. 36., la aparición de la teoría de la imputación objetiva trajo consigo la constatación de que el tipo objetivo ya no se compone únicamente de una relación de causalidad entre la acción y el resultado, sino que es preciso determinar si cuando esa causalidad concurre, la lesión del bien o interés jurídico le es imputable objetivamente o no al causante de la misma. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en *Libro Homenaje al PROF. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 97, manifiesta que la teoría de la imputación objetiva supone una clarificación y, con ello, un avance en la comprensión del tipo objetivo, dando a cada uno lo suyo: lo que en el tipo objetivo es ontológico (la causalidad) debe decidirse, consecuentemente, también con consideraciones a-valorativas, a saber: con la teoría de la condición; y lo que es valorativo debe decidirse con criterios de carácter normativo, a saber: con la teoría de la imputación objetiva.

⁹⁵⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa...*, *Ob. Cit.*, pág. 236, lo plantea así: “se debe responder inicialmente a la pregunta de si la delegación de funciones por parte de los administradores satisface el cumplimiento de los deberes del ejercicio del cargo”. Se satisface el cumplimiento de los deberes del administrador delegante cuando se asegura “la protección del bien” jurídico protegido. Se cita la STS 653/1994 de 26 de marzo, que establece que, “el ordenamiento jurídico reconoce valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución del cometido que corresponde al deber de actuar”. A este respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, *Ob. Cit.*, pág. 205, rechaza que después de cumplir con los esgrimidos criterios (delegar en personas capacitadas y con medios para cumplir la tarea), se exija la supervisión del delegado. Una postura que considero poco plausible, porque no atiende ni a la naturaleza de las tareas delegables (peligrosas o no) ni a las diferentes conexiones normativas entre el hecho del administrador y el comportamiento del tercero que produce el resultado prohibido (relaciones verticales y horizontales).

⁹⁵¹ Según la teoría de la imputación objetiva, para poder imputar objetivamente un resultado, es necesario que la conducta enjuiciada suponga la creación de un riesgo típicamente relevante o típicamente desaprobado. Se exige que la conducta represente un riesgo y que ese riesgo se encuentre prohibido por la ley penal. Como afirma MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio de confianza en Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 340, si la imputación objetiva se fundamenta en la creación de un riesgo típicamente desaprobado, la imputación no debe realizarse cuando la conducta queda dentro del riesgo típicamente permitido. En este sentido, conviene recordar con WELZEL, H.: *Derecho penal alemán...*, *Ob. Cit.*, 1970, pág. 83 y ss., que no todos los riesgos jurídicamente desaprobados a un bien jurídico constituyen fundamento de la imputación sino únicamente aquellos que no resulten socialmente adecuados.

⁹⁵² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición...», *Ob. Cit.*, pág. 234.

estructuras societarias que obligan a delegar tareas⁹⁵³. Es preciso distinguir entre dos tipos de tareas, que por su naturaleza unas son totalmente delegables y otras no: a) ejecución de tareas en el marco de operaciones de gestión o representación cotidianas, en las que la presencia de riesgos o peligros es nulo o casi nulo, ante este tipo de tareas, el garante podrá desvincularse de su posición en el marco de lo que se puede denominar como una correcta o lícita delegación, porque sólo desde esta perspectiva se pueden respetar (no superar) los criterios de la imputación objetiva; y, b) ejecución de tareas en el marco de operaciones de gestión o representación peligrosas; el garante puede delegar en otro el cumplimiento de los deberes que le competen, pero esta delegación no es total; no se puede realizar una desvinculación total de la posición de garante del administrador⁹⁵⁴, el que deberá seguir controlando la ejecución de la tarea. Esta diferenciación entre tipos de tareas, que conduce a una distinción entre determinados tipos de delegación nos permite establecer dos tipos de criterios a los efectos de establecer la responsabilidad penal, en función de la posición que ocupe en la estructura, ya sea que nos encontremos ante un comportamiento de un tercero situado en el mismo nivel jerárquico o del comportamiento de un tercero subordinado. En este sentido, el criterio rector en el ámbito de varios intervinientes con el mismo nivel jerárquico (consejo de administración), lo constituye el cumplimiento de los deberes de protección y/o control que sobre

⁹⁵³ Todo esto porque, aunque sea cierto que el administrador, en el caso de un consejo: los administradores consejeros y los directivos, son garantes, no es menos cierto que para lograr el adecuado desenvolvimiento y consecución de los fines patrimoniales (por ejemplo, de una sociedad), se debe aceptar que los administradores no pueden realizar todas las tareas que se requieren para que el patrimonio personal funcione (por ejemplo, para que funcione una empresa). Esta situación fáctica, hace necesario que aparezca la delegación de tareas y con ello el traspaso (parcial y total) de la posición de garante. Sobre esta situación, en general, sobre la división funcional del trabajo, revisar, PAREDES CASTAÑÓN, J.: «Responsabilidad penal y división del trabajo en la actividad productiva», en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, PAREDES CASTAÑÓN, J., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Valencia, 1995, pág. 137 y ss. Nosotros afirmamos, que, entender esta cuestión, es importante, porque el administrador en los casos de un consejo, por lo complejo de determinadas actividades o funciones, así como en relación al grado de especialización necesario para llevarla a cabo, debe organizar la realización de la actividad de un modo en el que se constata que deben existir varios intervinientes, porque de lo contrario no es posible cumplir con los deberes y obligaciones respecto del titular del patrimonio administrado. Esto es lo que comúnmente se denomina división (funcional) del trabajo, situación que constituye al mismo tiempo, fundamento de la institución jurídica denominada delegación.

⁹⁵⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición...», *Ob. Cit.*, pág. 234.

la conducta de terceros se ostenta, deberes de protección que sobre el resto de consejeros se debe realizar en el marco de operaciones que puedan ocasionar daños o ataques a los bienes jurídicos de terceros, porque los diferentes sujetos (miembros del consejo) se encuentran en la misma relación o posición jurídica respecto del bien jurídico y, en este sentido, les corresponde una tutela conjunta de los intereses de la persona titular del patrimonio administrado: se trata de deberes de protección sobrepuestos⁹⁵⁵. En efecto, en el marco de la división horizontal del trabajo, los administradores también pueden tener deberes de protección sobre la conducta de terceros situados en el mismo nivel jerárquico, no se trata propiamente de deberes de control sobre la conducta del tercero situado en el mismo nivel jerárquico, en el sentido de controlar que el tercero actúe correctamente, sino que su deber de protección, está definido de manera independiente actúe o no el tercero de manera correcta.

El deber de protección patrimonial consistiría también si es necesario, en compensar los riesgos que pueda generar la conducta incorrecta del tercero, porque comparte con este el deber de controlar un determinado tipo de riesgo y, en este sentido, se podría afirmar que los deberes se encuentran sobrepuestos:

⁹⁵⁵ Sobre esta idea, revisar, SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración», en *InDret*, 29 de abril, 2011, pág. 1; MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio...*, *Ob. Cit.*, pág. 106. Para algunos, el incumplimiento del deber de vigilancia, en la medida que si se hubiera observado se habría evitado el resultado, es suficiente para alcanzar el título de imputación, revisar esta postura en VOGEL, J.: «Los límites constitucionales a la prevención del Derecho penal económico alemán», en *Derecho penal económico*, Ed. Universidad de la Mancha, dir. ARROYO ZAPATERO, L., TIEDEMANN, K, 1994, pág. 50-52; en sentido parecido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición...», *Ob. Cit.*, pág. 221. Desde otra perspectiva se sostiene que el órgano de administración y cada uno de sus miembros entre sí, ostentan el poder de organización de la sociedad, en este sentido, son competentes para la exclusión de los peligros que deriven de la concreta actuación societaria. Por lo que deben eliminar los riesgos que derivan de las actuaciones estables o con miras a largo plazo, sobre esta postura, FRISCH, W.: «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. Bosch, coord. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., Barcelona, 1996, pág. 114 y ss., para esta postura la posición de garante no se agota sino hasta que el sujeto haga todo lo necesario para evitar el resultado prohibido, por lo que a través de los canales apropiados deberá denunciar el hecho prohibido. En contra de esta interpretación, PÉREZ CEPEDA, A.: *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 169 y ss., para quien, el miembro del órgano de administración, adquiere un compromiso de contener el riesgo solamente sobre la fracción que representa su voto en la adopción del acuerdo.

evitar por diferentes vías que el resultado desaprobado llegue a producirse⁹⁵⁶. En este tipo de supuestos, se excluye por completo la posibilidad de confiar (es decir, no rige el principio de confianza), el fundamento de la responsabilidad no se encuentra en el deber de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero situado en su mismo nivel, sino en que precisamente constituyen medidas que quedan fuera de la racionalidad de la división del trabajo⁹⁵⁷. El sujeto miembro del órgano de administración (consejo de administración) no puede apelar al principio de confianza; como se trata de un sistema normativo que contempla medidas de doble aseguramiento, en tanto que imponen un deber de compensar la posible conducta incorrecta del tercero, no es factible la vigencia del principio de confianza. La responsabilidad⁹⁵⁸ se fundamenta en la infracción del deber del órgano de administración y cada uno de sus miembros entre sí⁹⁵⁹. Esto no impide observar que existen determinados supuestos en los que el sujeto que infringe el deber es el que tiene el dominio funcional del hecho que provoca el resultado prohibido, sin embargo, lo verdaderamente

⁹⁵⁶ MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio...*, *Ob. Cit.*, pág. 143 y ss.

⁹⁵⁷ MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio...*, *Ob. Cit.*, pág. 145.

⁹⁵⁸ Como nos encontramos ante supuestos de varios intervinientes, pero con el mismo nivel jerárquico, es decir, todos los sujetos son administradores, el tercero, aunque tenga dominio fáctico sobre el resultado, realmente no responde por eso, sino que responde por haber infringido su deber, porque ostenta la calidad de administrador y como tal debe al titular del patrimonio administrado un deber de protección patrimonial. El resultado de perjuicio patrimonial se produce como consecuencia de haber infringido el deber de protección patrimonial debido, aunque haya él materialmente configurado el hecho con sus "manos".

⁹⁵⁹ Cabe preguntar si para que se concrete este marco de deberes del órgano de administración y cada uno de sus miembros entre sí, ¿debe verificarse que el sujeto tiene dominio sobre el fundamento del resultado, dominio fáctico sobre situaciones que en efecto son peligrosas, por cuanto el deber de actuar surge de manera exclusiva de la responsabilidad por el propio ámbito de organización? La respuesta afirmativa, sería una conclusión equivocada, porque se responde por haber infringido el deber. El comportamiento antijurídico surge porque el sujeto no ha cumplido con su deber, no porque tenga dominio sobre el hecho y con su comportamiento aparezca el resultado prohibido, sino que infringe el deber y el tercero actúa antijurídicamente, el tercero tiene dominio fáctico, el primero infringe el deber y debe responder. Sobre esta postura, en sentido positivo, SCHÜNEMANN, B.: «Cuestiones básicas...», *Ob. Cit.*, pág. 540 y ss. Según esta tesis, el cimiento de la responsabilidad del órgano de administración se encuentra en el dominio sobre el fundamento del resultado, dominio fáctico sobre situaciones que en efecto son peligrosas. En este sentido, como señala SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las empresas...», *Ob. Cit.*, pág. 372, lo decisivo para construir la posición de garante de los miembros del consejo de administración respecto de las actuaciones de sus pares, lo constituye el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencias y no su ostentación formal.

importante está en que incluso en estos casos, la responsabilidad penal se basa en el comportamiento que provoca el resultado se explica por la infracción del deber y no por el dominio funcional que se tiene sobre el hecho.

En coherencia con la explicación expuesta, no es el conocimiento sobrevenido sobre la incorrecta actuación del tercero lo que constituye el fundamento del deber de actuar para proteger el patrimonio ajeno, sino el de evitar un ataque que repercuta contra los intereses del titular del patrimonio administrado. Es importante señalar que lo decisivo para construir la posición de garante de los miembros del consejo de administración respecto de las actuaciones de los otros miembros, lo constituye el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencias que en general se deriva de su ostentación formal⁹⁶⁰. Esto quiere decir que, por ejemplo, cuando no exista delegación, una simple desvinculación *ad hoc* y unilateral no exonera al garante. El sistema jurídico-penal en general y el de determinación de la responsabilidad orgánico-societaria no deben reconocer ni pueden permitir la existencia de consejeros sin rol o función⁹⁶¹, por lo que una desvinculación por desconocimiento, siempre que se ostente formalmente la función de administrador, no debe ser aceptada⁹⁶².

Nuevamente, como se trata de un sistema normativo que contempla medidas de doble aseguramiento, se debe entender que cada sujeto interviniente ostenta un especial deber de cuidado patrimonial, por tanto, cada sujeto infringe su propio deber. Si el órgano colegiado, el consejo de administración, toma una decisión que produce un perjuicio patrimonial, no nos encontramos ante un

⁹⁶⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición...», *Ob. Cit.*, pág. 245 y ss.

⁹⁶¹ Por lo que aquí nos desmarcamos de entender que la ostentación formal-material unida a la deliberada inobservancia de los deberes que se tienen por haber incorporado al propio ámbito de organización, los deberes que surgen de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado, son incompatibles con la irresponsabilidad penal, en estos casos debe existir responsabilidad jurídica. Si un miembro del consejo de administración observa que una decisión colegiada supone un riesgo contra el patrimonio administrado, no bastará sólo que vote en contra de ese hecho, deberá además hacer todo lo posible para evitar que en efecto ese hecho no llegue a producirse, debiendo realizar la impugnación del acuerdo antijurídico y la respectiva denuncia por los canales adecuados.

⁹⁶² En contra, SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las...», *Ob. Cit.*, pág. 372 y ss.

supuesto de coautoría sino ante un supuesto de autoría múltiple, en el que cada partícipe es autor de la infracción de su deber, sin que se requiera que haya existido una decisión y una ejecución conjunta, sobre ello volveremos luego⁹⁶³. Por tal razón, son punibles los casos del voto irrelevante, porque el sujeto ha infringido su deber de protección patrimonial que le impele a realizar todo lo que esté a su alcance para procurar evitar el perjuicio al patrimonio ajeno administrado⁹⁶⁴.

Por otro lado, el criterio rector en el ámbito de los comportamientos en el que concurren varios intervinientes con distinto nivel jerárquico (subordinados), es el deber de vigilancia que sobre los subordinados está obligado a cumplir el administrador, porque nos encontramos ante relaciones en las que no rige el principio de confianza⁹⁶⁵. Es decir que, en estos supuestos, el administrador está siempre obligado a controlar la correcta ejecución de la

⁹⁶³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa...*, Ob. Cit., pág. 234. Textualmente: “*todos los administradores actúan conjuntamente y con conocimiento de la decisión. En este caso se aplican las reglas generales: cada uno vulnera su propio deber, sea en forma activa, sea en forma omisiva, de manera dolosa o imprudente. No es un caso de coautoría, sino de autoría múltiple: cada partícipe es autor de la infracción de su deber, sin que se requiera que haya existido una decisión y una ejecución conjunta, como en los supuestos de la coautoría de los delitos de dominio*”. En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 204.

⁹⁶⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa...*, Ob. Cit., pág. 237; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 205.

⁹⁶⁵ Sobre esta cuestión, SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes...», Ob. Cit., pág. 1; MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio...*, Ob. Cit., pág. 106. Una aplicación en el ámbito de la seguridad en el trabajo, puede verse en el trabajo de ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981, pág. 134 y ss. Sobre esta cuestión, también, ROXIN, C.: *Derecho Penal*, PG, Ed. Civitas, t. II, Especiales formas de aparición del delito, trad. de la primera ed. alemana (2003) y notas por LUZÓN PEÑA, D. (dir.), PAREDES CASTAÑÓN, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., y otros, 2014, § 32, núm. 195 y ss., pág. 920 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», trad. SACHER, M., en *LH al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, Ed. Thomson-Civitas, coord. ALONSO ÁLAMO, Navarra, 2005, pág. 981 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Responsabilidad penal en el marco de la empresa...», Ob. Cit., pág. 9 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Cuestiones básicas...», Ob. Cit., pág. 540 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en *ADPCP*, t. LIV, 2001, pág.11-12; JAKOBS, G.: «La competencia por organización en el delito omisivo», en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, trad. CANCIO MELIÁ, M., Madrid, 1997, pág. 349 y ss., 353-354; BOTKE, W.: «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. Bosch, coords. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., Barcelona, 1996, pág. 134, entre otros.

tarea delegada al subordinado⁹⁶⁶. Como hemos señalado antes, la actividad realizada en el ámbito de la administración de patrimonios ajenos, puede ser una actividad (peligrosa o no) que a su vez se encuentra condicionada por la intervención de varias personas. El administrador por lo complejo de determinadas actividades y en relación al grado de especialización necesario para llevarlas a cabo, debe organizar la realización de la actividad de tal manera que deben intervenir varias personas, porque de lo contrario no sería fácticamente posible conseguirlo, esto es lo que se denomina la división del trabajo y a su vez, es el sustento de la institución jurídica denominada delegación. Por lo que, ante una correcta delegación, la imputación objetiva irá encaminada no en demostrar que el suceso le pertenecía al sujeto, sino que aquella parte de la posición de garante que no se cede o que es indelegable y

⁹⁶⁶ Existen diversas maneras de construir el deber de evitar la actuación del subordinado. Está la figura del garante-protector, como señala DEMETRIO CRESPO, E.: «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Ed. Colex, dir. SERRANO-PIEDRACASAS, J., DEMETRIO CRESPO, E., Madrid, 2010, pág. 11 y ss., es un argumento utilizado en la dogmática como criterio de imputación para los comportamientos sujetos a responsabilidad en los que intervienen funcionarios públicos. Sin embargo, por cuanto los administradores no ostentan en todos los casos, una posición de protección directa de los bienes o intereses jurídicos que por el ámbito de organización concedido a su haber se encuentran en riesgo, es decir que, normativamente no existe una posición de garante genérica en la medida en que el dominio y decisión sobre los bienes jurídicos que no pertenecen a su ámbito de organización, o que se ha cedido correctamente, no descansa en su concreto aunque amplio ámbito de organización, por lo que este criterio es poco plausible sin correcciones posteriores. Por otro lado, hay un sector doctrinal que intenta construir la imputación de responsabilidad a los administradores por hechos de terceros a través de la responsabilidad vicaria o vicarial. Revisar el trabajo de SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUIZ GARCÍA, J., RUBÍ PUIG, A., PIÑERO SALGUERO, J., «Respondeat Superior I», en *InDret*, marzo de 2002, pág. 5 y ss. Según estos autores, la responsabilidad vicaria o por hecho ajeno es una respuesta legal eficiente a los problemas planteados por las situaciones en que el causante potencial del daño desarrolla su actividad por cuenta de su principal, que será declarado directamente responsable. Éste, ante la probabilidad de tener que responder por los daños de sus subordinados, alineará las medidas de control sobre el trabajo de aquéllos con un grado razonable de precauciones exigibles y recurrirá a su experiencia profesional para hacerlo así. La responsabilidad vicaria se construye de este modo, a partir de las inversiones en diligencia del principal y agente, y obliga a ambos a coordinar sus actividades y observar los respectivos deberes de precaución que derivan de la norma de determinación. El problema de esta postura se encuentra no en el postulado, que a primera vista parece correcto: imputar responsabilidad por la falta de diligencia debida en función de unos concretos deberes de precaución. Tampoco en sus presupuestos, pues se expresa que el administrador responde por los daños causados por terceros subordinados, si media entre ellos una relación que legitima al primero para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el primero al segundo o con ocasión de ella (pág. 15). Sino que esta postura nada nos dice de los criterios de imputación. Es decir, se trata de un sistema de imputación objetiva automático, inseguro e injusto.

que exige observar el deber de vigilancia respecto del delegado, deberá descartar la imputación porque el comportamiento prohibido no se explica por la infracción del deber de vigilancia. Por lo que, exención de responsabilidad penal del administrador se fundamenta en la observancia del deber de vigilancia; el ataque y consiguiente perjuicio patrimonial consecuencia del comportamiento del tercero no es consecuencia de la infracción del deber de vigilancia del administrador respecto de su subordinado. En el ámbito de la división del trabajo los riesgos al patrimonio tienen como contrapartida la vigencia y cumplimiento del principio de desconfianza⁹⁶⁷, quedando obligado el administrador, a vigilar y controlar la actuación de los terceros subordinados⁹⁶⁸.

Se trata de un principio que rige especialmente en las relaciones de jerarquía en las que se verifica un escalonamiento de la toma de decisiones, en un sentido no horizontal sino vertical. Lo relevante jurídicamente para explicar cuándo rige el principio de desconfianza y cuándo no, está en la norma del ámbito de relación. En el ámbito que nos ocupa, el administrador es garante de que no se produzcan perjuicios patrimoniales contra el titular del patrimonio administrado, por lo que la delegación o asignación de tareas no cede totalmente la posición de garante, ésta se completa con la vigilancia de los terceros subordinados. Esto quiere decir que, para que opere el principio de desconfianza no se hace preciso la previsibilidad objetiva de la conducta descuidada del tercero que haga factible esperar la producción por parte de éste de riesgos relevantes al patrimonio, lo que se requiere es estar en posición de garante e infringir el deber de vigilancia sobre terceros ubicados en diferentes niveles jerárquicos⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes...», *Ob. Cit.*, pág. 1.

⁹⁶⁸ Hace énfasis sobre esta idea, ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo...*, *Ob. Cit.*, pág. 134 y ss., sin embargo, lo hace refiriéndose a las tareas y decisiones destacables, como, por ejemplo, la selección e instrucción de los subordinados, tanto al inicio como durante el ejercicio de la actividad, por lo que, queda obligado a vigilar y controlar su actuación.

⁹⁶⁹ Lo corrobora el hecho de que, para los demás trabajadores, en los que de hecho no se requiere una especial cualificación para el desempeño de las tareas, independientemente de que se haya

Este déficit de confianza que determina el contenido normativo del principio de desconfianza debe compensarse con una exigencia de mayor información de las actividades de los terceros subordinados, sólo posible a través de la exigencia del deber de vigilancia⁹⁷⁰. El deber de vigilancia del administrador le otorga un amplio margen de maniobra sobre las actividades desempeñadas por los trabajadores subordinados, especialmente cuando están referidos a la protección de bienes u objetos peligrosos del patrimonio administrado.

Por tanto, ante la pregunta de si es posible imputar la responsabilidad penal a los administradores por los comportamientos de sus subordinados que produzcan un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado, por infracción del deber de vigilancia, la respuesta es sin duda alguna afirmativa: el hecho que configura un ataque al patrimonio administrado puede ser observado desde una perspectiva *ex ante* como consecuencia de un actuar omisivo por parte del administrador. Se imputa la responsabilidad porque no se trata de dos hechos diferentes y, en consecuencia, autónomos, sino precisamente de dos hechos vinculados normativamente. La desvaloración del comportamiento omisivo explica el comportamiento activo u omisivo del tercero que produce el ataque patrimonial. El administrador se encuentra en posición de garante, es decir que, de haber observado o no infringido su deber de vigilancia, se habría evitado el comportamiento del subordinado que produce el resultado prohibido de perjuicio patrimonial. La infracción por omisión del deber de vigilancia explica el comportamiento prohibido y, por tanto, debe responder el administrador, porque de haber observado el deber se habría evitado el comportamiento y la producción del resultado prohibido⁹⁷¹. Hasta aquí, podemos resumir que, una

contratado a una persona sobre cualificada, el administrador no puede confiar en una conducta correcta.

⁹⁷⁰ ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal...*, Ob. Cit., pág. 177 y ss.

⁹⁷¹ La doctrina sostiene que la posición de garante que exige la actuación del administrador puede surgir como consecuencia de un comportamiento anterior contrario al deber y que pone en peligro un bien jurídico o un concreto interés ajeno, en nuestro caso, que constituya un ataque al patrimonio administrado. Como pone de relieve ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., PG, t. II, pág. 920 y ss., para fundamentar la responsabilidad en estos casos, no alcanza una desvaloración objetiva del resultado, se requiere una desvaloración objetiva de la acción, del comportamiento del administrador, que implique una necesaria infracción objetiva del deber de protección

desvinculación unilateral de la posición de garante no exonera a los efectos jurídico-penales. En este sentido, meras desvinculaciones fácticas de la posición de garante, no cubiertas por los principios de la imputación objetiva,

patrimonial. Como señala GÓMEZ BENÍTEZ, J.: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, pág. 32 y ss., la imputación de responsabilidad en los supuestos de injerencia exige la necesaria creación por parte del administrador de un riesgo no permitido, entonces, no tiene fundamento en la causalidad del resultado, sino en la imputación objetiva del actuar previo. Sobre esta cuestión, entre otros, también, BOTTKE, W.: «Responsabilidad por la no evitación...», *Ob. Cit.*, pág. 134; y, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *ADPCP*, t. L, 1997, pág. 53. Otro sector doctrinal opina que existe el deber de evitación del administrador por infracción del deber de vigilancia de sus subordinados, en los supuestos en los que exista un comportamiento previo lícito que incrementa posteriormente el riesgo. JAKOBS, G.: «La competencia por organización...», *Ob. Cit.*, pág. 353 y ss., se pregunta si debe o no existir un deber de actuar positivamente para poner a salvo una organización ajena por haber creado previamente el riesgo para esta organización y, por tanto, la necesidad de su salvamento. Señalando que para fundamentar unos concretos deberes de salvamento no se precisa un acto de asunción y, en este sentido el ordenamiento puede suplirlo por una conducta precedente que tan sólo ocasione un riesgo relevante, aunque su comportamiento no sea antijurídico. El problema de esta postura está en que sin que exista un riesgo típico se exige una actuación cuyo incumplimiento permitiría imputar una responsabilidad, lo que contradice toda la sistemática de la teoría del delito y las reglas de la PG del CP y de la CE sobre los requisitos para imputar una responsabilidad jurídico-penal. Sobre la crítica, extensamente, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, t. II, pág. 922 y ss. Por su parte, en España, destaca la postura desarrollada por GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Omisión impropia e incremento del riesgo...», *Ob. Cit.*, pág. 11-12, para quien existe un comportamiento impropio de omisión, en nuestro del administrador, cuando quien se encuentra obligado en vigilar un foco de peligro preexistente no adopta las medidas de precaución necesarias a fin de mantener el foco de peligro dentro del riesgo permitido y fuera de la tipicidad o incluso en los supuestos de superación del riesgo jurídicamente aprobado, lo hubiera hecho retornar a un nivel de conformidad al Derecho. También encontramos el criterio de la responsabilidad por competencia por la propia organización, se trata de la imputación penal del hecho al administrador, por pertenecer el control del riesgo a su esfera de competencias. Si se exige el cumplimiento del deber de vigilancia es porque el riesgo patrimonial que el tercero gestiona, lo hace como consecuencia del acto de delegación, pero el riesgo es competencia exclusiva del administrador por haber este incorporado a su ámbito de organización las facultades, deberes y obligaciones respecto del patrimonio de un tercero. Sobre esta postura, entre otros, JAKOBS, G.: «La competencia por organización...», *Ob. Cit.*, pág. 349 y ss.; FRISCH, W.: «Problemas fundamentales...», *Ob. Cit.*, pág. 114 y ss.; GARCÍA CAVERO, P.: «La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía», en *LH al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, Ed. Thomson-Civitas, coord. ALONSO ÁLAMO, Navarra, 2005, pág. 393 y ss. Finalmente, encontramos la postura de la responsabilidad por el dominio. Esta postura toma como punto de partida la necesidad de una concreta posición de garante, y se la desarrolla para dos grupos de supuestos: a) cuando se verifique que el administrador posee el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos de la actividad; y, b) cuando se observe que la conducta productora del resultado, se encuentra relacionada por el poder de mando sobre los trabajadores que ejerce el administrador. Sobre esta postura, fundamental, SCHÜNEMANN, B.: «Cuestiones básicas...», *Ob. Cit.*, pág. 540 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Responsabilidad penal en el marco...», *Ob. Cit.*, pág. 9 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «El dominio sobre el fundamento...», *Ob. Cit.*, pág. 981 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 160 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las empresas...», *Ob. Cit.*, pág. 372.

no son criterios normativos plausibles, sino todo lo contrario: si no existe ningún motivo de imputación objetiva que fundamente la desvinculación, aquella permanece inamovible en su posición respecto de los bienes jurídicos⁹⁷². En este sentido, el que se comporta así causando un perjuicio al patrimonio administrado, debe responder por un delito de administración desleal de conformidad a lo establecido en el art. 252 CP.

5. PERJUICIO PATRIMONIAL: LA EXIGENCIA DE UN RESULTADO DE LESIÓN

El art. 252 CP tipifica un delito de resultado de lesión⁹⁷³, porque el tipo penal exige para configurar la tipicidad, la causación o producción de un

⁹⁷² Ante este marco normativo, quedan por resolverse varias cuestiones. La primera tiene relación con explicar cuál es la forma correcta de realizar la delegación. Esta es una cuestión que deberá responderse en relación a los hechos que se enjuicien. Porque dependerá del tipo social y, en este sentido, de las reglas que se hayan previsto para realizar la delegación. Esta cuestión por resolver no es de gran complejidad, porque se deberá estar a lo dispuesto en la normativa de referencia. La segunda está encaminada a resolver qué sucede en los supuestos de que se observe un conocimiento sobrevenido de la actuación antijurídica del tercero (ubicado en el mismo nivel jerárquico o cuando se trate de un subordinado). En este ámbito existen tres posibles respuestas, en función del concepto de principio de confianza (desconfianza) que se maneje: a) porque si se acepta la doctrina tradicional del principio de confianza, un conocimiento sobrevenido hará que se devuelva por completo la posición de garante, hasta lograr que el sujeto, el administrador, haga todo lo posible para impedir la realización del riesgo o peligro latente y en caso de que ocurra, deberá presentar la denuncia del comportamiento (y del resultado prohibido, si cabe) por los canales adecuados; por otro lado, b) si se acepta que en los supuestos de varios intervinientes del mismo nivel jerárquico no rige el principio de confianza, un conocimiento sobrevenido no sirve para devolver la posición de garante a su estado inicial y, por tanto, el comportamiento del tercero no le vincula, en estos casos existe siempre exoneración; por último, c) existe la posición de la doctrina que entiende que en esos supuestos no existe un deber de vigilancia recíproca, sino una situación fáctico normativa que vincula al mismo tiempo a varios ámbitos de organización para la protección de un mismo bien jurídico o conjunto de intereses. Sobre estas cuestiones, revisar entre otros, MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio...*, Ob. Cit., pág. 143 y ss., SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las empresas...», Ob. Cit., pág. 372 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes...», Ob. Cit., pág. 2 y ss., etc. Por último, una tercera cuestión cuya resolución también es crucial y, que, está referida a la necesaria definición de las situaciones altamente riesgosas o peligrosas, porque de esto depende en gran medida, que se considere que en una determinada actividad sea posible o no realizar una total o parcial desvinculación de la posición de garante. Esta cuestión queda totalmente abierta a la discusión que en el ámbito doctrinal y jurisprudencial se determine.

⁹⁷³ Sobre lo que se entiende por delitos de resultado y de lesión: GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad...*, Ob. Cit., 1990, pág. 31 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 230 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 231 y ss. Sobre el delito de administración desleal como un delito de resultado de lesión, en la doctrina y

perjuicio patrimonial⁹⁷⁴, un daño al bien jurídico tutelado⁹⁷⁵. Por tanto, tal como ha sido concebido, se trata de un perjuicio objetivo, consecuencia del ejercicio ilegítimo de las funciones del administrador⁹⁷⁶. La exigencia de un resultado de lesión al patrimonio administrado exige comprobar que, como consecuencia del comportamiento del administrador, se ha producido una disminución del

respecto del suprimido art. 295 CP y que en este carácter genérico guarda idéntica relación con el vigente art. 252 CP, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 402 y ss., quien corrobora que una amplia gama de autores comparte esta tesis, entre los que destacan: ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos societarios en el Proyecto...», Ob. Cit., pág. 52; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., primera edición, pág. 577; GARCÍA ARÁN, M.: «Consideraciones sobre los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 107; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 94 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles», en *La Ley*, núm. 4237, 26 de febrero de 1997, pág. 1 y 2; GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., 1996, pág. 493; GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., 1996, pág. 842; LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARAN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Ed. Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 146; MADRIGAL GARCÍA, C., RODRÍGUEZ PONZ, J.: *Contestaciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Carpen S. L., Madrid, 1996, pág. 8; MANZANARES SAMANIEGO, J.: «Los administradores y Altos...», Ob. Cit., pág. 296; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Delitos societarios...», Ob. Cit., 1996, pág. 503; MATA Y MARTÍN, R.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 175; MESTRE DELGADO, E., VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la PANCP de 1983», en *Documentación Jurídica*, Ed. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, t. IV, Madrid, abril-junio 1987, pág. 440; MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, Ob. Cit., pág. 341; MUÑOZ CONDE, F.: «Delitos societarios», en *La reforma de la justicia penal* (Estudios en homenaje al Prof. KLAUS TIEDEMANN), coords. GÓMEZ COLOMER, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, pág. 148; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 128; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Los nuevos delitos pseudosocietarios...», Ob. Cit., pág. 91; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentarios al Título XIII, Capítulo XIII: De los delitos societarios», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II (arts. 234 a Disposiciones Finales), coord. VIVES ANTÓN, T., 1996, pág. 1441; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 188; TERRADILLOS BASOCO, J.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 286; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 53; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa...*, Ob. Cit., pág. 83; VALLE MUÑOZ, J.: «Capítulo XIII: De los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 689 y ss. Entendiendo que no es necesaria la causación de un perjuicio o por lo menos no en los términos tradiciones sino aceptando que se trata de la proyección anímica del daño; JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: «De los delitos societarios y contra los consumidores», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Revista Jurídica General, tercera época, núm.1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Código penal»), abril-mayo 1996, pág. 25; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 194.

⁹⁷⁴ En el mismo sentido, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 153 y ss., afirmando que el comportamiento típicamente relevante ha de ser idóneo para generar un perjuicio y este debe concurrir como resultado del delito.

⁹⁷⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 128.

⁹⁷⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho pena...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 587. Señala este autor, que esta caracterización del perjuicio como objetivo, no debe perder de vista el hecho de que como en la administración desleal, no se pune simplemente la infracción de deberes civiles o mercantiles, el perjuicio debe estar abarcado por el dolo.

patrimonio total. Para la evaluación del daño o perjuicio patrimonial se debe utilizar en primera instancia, el principio del saldo⁹⁷⁷. Sin embargo, se ha criticado que hay supuestos en los que este principio es incapaz de lograr la determinación del perjuicio en términos de disminución patrimonial, por ejemplo, en los casos de frustración de una ganancia futura. En estos casos, un sector de la doctrina opina que para la interpretación no basta la concepción económico-jurídica del patrimonio, sino que se requiere aceptar la concepción personal. Para determinar el perjuicio patrimonial es importante establecer la merma de la capacidad económica del titular del patrimonio para satisfacer las obligaciones presentes y futuras⁹⁷⁸. La determinación o identificación con el daño en los supuestos en que se perturba una función patrimonial en el sentido de ligar el patrimonio a fines que no se corresponden con la decisión del titular o simplemente, no se cumplen con ellos⁹⁷⁹. Sin embargo, en atención a lo que previamente hemos establecido en el capítulo sobre el bien jurídico, debemos recordar que aunque los bienes que se encuentran integrados bajo el concepto de patrimonio están ligados a la persona, y que aquella ejerce sobre ellos las acciones que el derecho le ampara, el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio no puede ser garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica, porque, aunque esto sea cierto, se encuentra en un nivel de abstracción bastante alejado que repercute en un inadecuado entendimiento de lo que realmente sucede⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 283.

⁹⁷⁸ ASÚA BATARRITA, A.: «El daño patrimonial...», Ob. Cit., pág. 127 y ss.; NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 284. Este último autor cita a LABSCH: *Untreue* (§ 266 StGB) *Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, 1983, pág. 321 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 142, quien se apoya en: OTTO, H.: *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1970, pág. 69 y ss.; DE LA MATA Y BARRANCO, N.: «Perjuicio patrimonial...», Ob. Cit., pág. 302 y ss.; DE LA MATA Y BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 57 y ss.

⁹⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 142.

⁹⁸⁰ En el capítulo sobre el bien jurídico, hemos afirmado que la garantía de la libertad de disposición económica requiere de una cierta determinación, esta determinación se expresa en los fundamentos que la teoría económica-jurídica del patrimonio ha establecido: salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico. En este sentido, es importante recordar lo que sostiene GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto...*, Ob. Cit., pág. 24, en el sentido de que, la indeterminación del concepto personal o funcional de patrimonio permitiría configurar al delito patrimonial como uno que atenta contra la libertad de disposición y no como un delito contra el patrimonio. En

En determinados supuestos de los delitos patrimoniales, la concreta finalidad del sujeto pasivo constituye el límite de actuación del comportamiento típico, en algunos supuestos estas finalidades están positivadas en el tipo penal, como en el delito de administración desleal, y en otros supuestos no, como en el delito de estafa⁹⁸¹. Sin embargo, de esta observación no se desprende que el bien jurídico y las finalidades del titular respecto del concreto objeto material estén fusionadas en una única categoría del delito⁹⁸².

este sentido, para nosotros, el legislador penal ha querido salvaguardar la garantía de la libertad personal de disposición económica mediante la protección de los bienes económicamente transables que integran el patrimonio y que se encuentren protegidos por el derecho. El punto de quiebre diferenciador de la teoría personal no es por tanto el carácter del fundamento (garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica), sino el hecho de que se quiera derivar de esto diferentes consecuencias. La teoría personal o funcional del patrimonio produce diferentes consecuencias sin utilizar un fundamento especialmente diferente. Porque anudar al objeto de protección las necesidades o finalidades que el sujeto buscaba o perseguía respecto del concreto bien, es confundir la naturaleza de los diferentes elementos típicos. Considero que esto es metodológicamente inadecuado, pero perfectamente posible (e incluso deseable) si se lo realiza adecuadamente.

⁹⁸¹ Los autores parten de esta unión o fusión de elementos para hablar de un concepto dinámico de patrimonio: potencialidad económica, contrario al concepto estático de patrimonio: suma contable. Por ejemplo, DE LA MATA Y BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad...*, Ob. Cit., pág. 66 y ss.

⁹⁸² En relación a esta cuestión, habíamos afirmado que, en el delito de administración desleal se observa con facilidad que no existe dificultad para aceptar que las finalidades del sujeto titular del patrimonio se pueden observar y siempre se han observado para el análisis del comportamiento típico, sin que esto haya repercutido en la construcción de un concepto de patrimonio distinto. Porque el comportamiento típico se produce porque el administrador ha decidido actuar ocasionando una disminución patrimonial y siempre el comportamiento del administrador está fuera de los márgenes lícitos concedidos para actuar sobre aquel. El administrador dispone u obliga respecto de los bienes, y esa disposición o contracción de obligaciones supone siempre un acto distinto respecto de lo que decidió sobre ellos el titular de los mismos. Porque de lo contrario no habría administración desleal. Si el titular de los bienes ordena o dispone al administrador donar una porción de sus activos a la Iglesia Católica o a cualquier otra institución o persona (física o jurídica), y el administrador así lo hace, ocasionando una disminución patrimonial del patrimonio administrado, este comportamiento es atípico porque el administrador ha actuado o se ha comportado dentro de los límites establecidos y, aunque haya una disminución patrimonial no se puede hablar de perjuicio típico, porque ha mediado el cumplimiento de una disposición (consentimiento) sobre lo que se debe realizar con los componentes patrimoniales. Lo importante a efectos de entender el concepto de patrimonio está en los fundamentos del concepto, las particularidades del concreto comportamiento típico (sea respecto de las conductas típicas o en relación a las finalidades que el titular del patrimonio haya previamente establecido), son sólo eso, cuestiones de tipo objetivo que deberán ser resueltas y discutidas en relación al concreto bien jurídico, sin confundirse los elementos integradores de cada componente típico. Sobre el consentimiento, como señalan PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: «Tema 11...», Ob. Cit., pág. 270, si el titular del patrimonio consiente a la conducta perjudicial, dicha conducta queda fuera del art. 252 CP, porque el patrimonio administrado se convierte en un bien jurídico disponible. En los supuestos societarios el asunto se complica un poco más,

Indiferentemente de las connotaciones de la discusión sobre si se debe o no acoger un concepto de patrimonio mixto y también personal, lo cierto es que lo importante está en determinar si existe o no una disminución del patrimonio total. A continuación, lo demostraré. El error en la interpretación sobre la determinación del resultado de lesión o de perjuicio patrimonial está en vincular el cálculo a una cuestión eminentemente contable desde el valor que integra el patrimonio antes de la realización del comportamiento. Una visión que es poco plausible, aunque se parta de un concepto jurídico o económico de patrimonio. Porque el principio del saldo, en los términos que apunta la crítica, es una cuestión eminentemente contable, de suma y resta, que se encuentra desconectada por completo de los diferentes fundamentos de las teorías del patrimonio, lo que no se puede aceptar. En este sentido, se trataría de una formalidad contable. Pero debemos advertir que esto no es un asunto ligado a verificar si se cumple o no con el principio de partida doble. El problema es otro. El problema es jurídico-económico. Por lo que el concepto jurídico-económico de patrimonio desde sus fundamentos nos permite sin dificultad, resolver el problema.

Si el comportamiento del administrador produce un perjuicio patrimonial, lo fundamental será observar si se da un menoscabo respecto del ejercicio libre de los derechos patrimoniales: una disminución actual o futura del patrimonio total. La frustración de las expectativas verificables de ganancia de un negocio cierto, son reconducibles a la idea de perjuicio patrimonial no porque se parta de un concepto personal o funcional de patrimonio que asimile un peligro o riesgo con un daño, sino porque se perjudica de manera directa el patrimonio. En el ámbito económico (societario y no societario) lo importante no es sólo lo que reflejen los números contablemente, sino el valor económico de una transacción. Si un comportamiento del administrador perjudica el proceso de adquisición de una compañía o de una marca que va a redundar en

porque si la mayoría social consiente en un negocio ilícito, no es válido el consentimiento respecto de los que se opusieron, y aunque se acepte que, de existir unanimidad en el consentimiento no es punible el comportamiento (como lo sostienen estas autoras), quedarían dudas respecto de los terceros perjudicados. En todo caso, esta cuestión no está cerrada, como pone de manifiesto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de...*, *Ob. Cit.*, pág. 190.

una mayor utilidad y ganancia para la persona titular del patrimonio administrado, estamos ante un acto de administración desleal, porque se ha ocasionado un perjuicio económico al patrimonio. Un perjuicio patrimonial que se calcula en función de todo aquello que dejó de percibir la sociedad o la persona titular del patrimonio administrado y que significa en última instancia, una merma respecto del ejercicio libre de los derechos patrimoniales⁹⁸³. La disminución patrimonial no se verifica sólo desde lo que integra el patrimonio, se debe observar también respecto de aquello en que no se aumentó el patrimonio como consecuencia del comportamiento desleal del administrador, por ejemplo, vender a la compañía competidora un secreto industrial cuyo desarrollo permitía una ventaja temporal para captar el mercado y con buen precio. Son perjuicios patrimoniales o daños al patrimonio perfectamente cuantificables y reconducibles a la idea de disminución patrimonial. Esta forma de apreciar y solucionar el problema, puede ayudar en la determinación típica o atípica de los denominados negocios de riesgo. Si el riesgo supone en los términos expuestos una disminución del patrimonio total, habrá tipicidad. De lo contrario, aun a pesar de lo peligroso de la situación, no se habrá superado el riesgo permitido y los comportamientos que no superan el riesgo permitido no son punibles⁹⁸⁴. Nuevamente, en el delito de administración desleal se observa con facilidad que no existe dificultad para aceptar que las finalidades del sujeto titular del patrimonio se pueden observar y siempre se han observado para el análisis del comportamiento típico, sin que esto haya repercutido en la construcción de un concepto de patrimonio distinto. El comportamiento típico se produce porque el administrador ha decidido actuar ocasionando una disminución patrimonial y siempre su comportamiento está fuera de los márgenes lícitos concedidos para actuar sobre aquel. El administrador dispone,

⁹⁸³ Para CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 410, la solución discursiva está en entender si en el perjuicio patrimonial se deben incluir los supuestos de lucro cesante, porque nadie duda sobre los casos de daño emergente. Sin embargo, las dudas de esta opción están en que, en la doctrina civil, algunos consideran al lucro cesante un daño o perjuicio indirecto, lo que obligaría en los supuestos jurídico-penales a reconducir la cuestión hacia la responsabilidad civil derivada del delito. Entonces, considero que la institución no es plenamente trasladable.

⁹⁸⁴ Sobre la cuestión, en sentido parecido: GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «El delito de administración desleal...», *Ob. Cit.*, pág. 3; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 404.

obliga y actúa en general, respecto de los bienes, y esa disposición o contracción de obligaciones debe suponer siempre un acto distinto respecto de lo que decidió sobre ellos el titular de los mismos, porque de lo contrario no habría administración desleal.

En suma, el concepto jurídico-económico de patrimonio debe repercutir en lo que se entienda por perjuicio patrimonial, pero sobre todo respecto del mecanismo que sirva para determinar, cuantificar y establecer la cuantía del mismo. En este sentido, la determinación del perjuicio irá de la mano de aquello que suponga un ataque patrimonial en los términos típicos de la administración desleal. Esto quiere decir, que, si se acepta que la administración desleal se configura a través de la disposición de los bienes patrimoniales, la contracción de obligaciones a cargo del titular del mismo y, aquellos supuestos que impidan un aumento del patrimonio⁹⁸⁵ o su futura reducción, la determinación del perjuicio tendrá relación con la porción en que se disminuyó el patrimonio o con la medida en que no se incrementó el mismo. Entonces, tanto a nivel del comportamiento típico como a los efectos de la determinación del perjuicio, la solución está en entender correctamente cómo funciona u opera el patrimonio, qué se debe entender por patrimonio desde la perspectiva jurídico-económica⁹⁸⁶. Desde la que, se puede entender que el perjuicio patrimonial es siempre una disminución del patrimonio con ocasión de la infracción de los deberes que le competen al administrador. Por tanto, si un comportamiento del administrador con ocasión de la infracción de sus deberes repercute en una disminución patrimonial, podremos afirmar que ese comportamiento es productor de un perjuicio patrimonial. Una disminución del patrimonio relevante a efectos de la tipicidad del art. 252 CP, se produce mediante

⁹⁸⁵ Este último grupo de supuestos deben estar incluidos, porque en el patrimonio también se deben considerar aquellos rubros que podrían integrar el activo o el pasivo, porque la probabilidad de incremento o disminución patrimonial, es razonablemente cierta de haber el administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían.

⁹⁸⁶ Sin argumentarlo, al parecer, RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito..., *Ob. Cit.*, pág. 534, opina lo mismo, porque afirma que, es evidente que pertenecen al patrimonio las expectativas con base en un derecho subjetivo (un derecho de crédito), como las expectativas ciertas de ganancia que, sin estar fundadas en un derecho subjetivo, son inmediatamente realizables para el autor, de forma que sea posible excluir a los terceros que pretendían lesionarlas y cuya no realización está sancionada desde el derecho privado, por ej., los arts. 1962 y ss., del CC.

comportamientos de disposición (una disminución del activo) o contracción de obligaciones desleales (un aumento del pasivo) o bien, comportamientos que impiden un aumento futuro del activo o son causa de un incremento futuro del pasivo⁹⁸⁷. En todos los casos, un ejercicio desleal de las funciones de gestión o representación por parte del administrador. En suma, esta visión contable del problema completada desde la perspectiva jurídico-económica, nos permite observar que la ecuación que sigue siendo la misma *patrimonio = activo – pasivo*, debe valorarse también con criterios jurídico-económicos, que logren apreciar el problema en su conjunto. Con todo lo expuesto, queda todavía una cuestión por resolver: ¿se debe identificar el concepto de perjuicio patrimonial con la puesta en peligro del patrimonio?, ¿se debe aceptar que en el ámbito de la lesión patrimonial caben los supuestos de peligro? Esta cuestión no es baladí ni intrascendente y un sector de la doctrina opina que es posible. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA señala que entre los parámetros que se deben utilizar a los efectos de determinar el perjuicio patrimonial en la administración desleal, destaca la identificación conceptual entre la puesta en peligro del patrimonio y la lesión patrimonial⁹⁸⁸. GALLEGO SOLER⁹⁸⁹, en

⁹⁸⁷ Recordemos que, en estos últimos casos, la administración desleal y el perjuicio patrimonial, se pueden demostrar observando el monto total en que no se incrementó el activo o el monto total en que se vaya a incrementar el pasivo. No es preciso el registro contable que permita apreciar, en el sentido de la teoría del saldo, la diferencia entre lo que está asentado y lo que debería estar registrado. Porque, en el concepto jurídico-económico de patrimonio están también incluidas aquellas relaciones jurídicas existentes, aunque aquellas no estén registradas pero que, sin embargo, sean susceptibles de ser asentadas o registradas, porque están valoradas económicamente, porque poseen un valor económico determinado o determinable. Por tanto, en este último supuesto, en los casos de un futuro incremento de pasivo, no es preciso esperar al momento en que se realice el respectivo registro de la cuenta por pagar, porque el perjuicio ya se ha configurado desde el instante en que existe la probabilidad cierta de generar una responsabilidad u obligación a cargo del titular del patrimonio administrado, una obligación que es, en todo caso, siempre cuantificable.

⁹⁸⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de...*, Ob. Cit., pág. 192; en sentido explícitamente contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PE, quinta edición, pág. 548, para quien, en la expresión “causar un perjuicio al patrimonio administrado” del nuevo art. 252 CP, no tienen cabida los casos de simple puesta en peligro del patrimonio administrado, a los que aludía la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2012. De hecho, a raíz de la crítica contenida en el Informe del Consejo Fiscal de 2012, el redactor de la referida Exposición de Motivos del Proyecto de 2013 optó ya por eliminar toda referencia al peligro.

⁹⁸⁹ Este autor, trae a colación toda la discusión que sobre esta cuestión existe en el ámbito jurídico-penal alemán y español, GALLEGO SOLER, J.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 423 y ss., 471 y ss., 488 y ss., queremos destacar resumidamente cuáles son las razones que este autor argumenta como válidas para aceptar la idea de la concreta puesta en peligro del patrimonio

igual sentido, opina que, esta asimilación conceptual debe darse en los supuestos en que el acreedor obtiene del deudor una obligación cuyo valor económico no se corresponde con la contraprestación efectuada o asumida por el acreedor, actuando el autor típico, con conocimiento de esta situación⁹⁹⁰. En segundo lugar, el concepto de peligro de estos supuestos no coincide con el desarrollado respecto de los delitos de peligro. En tercer lugar, no se puede contemplar la puesta en peligro patrimonial y el perjuicio patrimonial en una misma línea de continuidad de ataque al bien jurídico, por lo que no existe necesariamente una relación de estado previo de la puesta en peligro, porque existen supuestos en los que no existe dicho estado previo. Cuarto, la puesta en peligro del patrimonio contemplada como resultado de perjuicio patrimonial, no supone una analogía contra reo, porque de la interpretación jurídica, se extrae que cuando el patrimonio del titular está en peligro, en términos jurídicos, existe ya un menoscabo, una lesión, del mismo. Quinto, no nos encontramos ante una tentativa especialmente cualificada de un delito de resultado, sino que el delito ya se ha consumado en el estadio (previo) del concreto peligro.

Ante toda esta argumentación, lo único que cabe afirmar es que lo que estos autores y este sector de la doctrina opinan se debe denominar supuestos de peligro al bien jurídico, no los son, sino que, en efecto se trata de casos de lesión, ataques patrimoniales que producen un resultado de daño en el patrimonio administrado. ¿Qué es lo que quiero decir?, que tal vez el problema no esté en la dificultad que encierra aceptar como dogmáticamente viable lo

como un supuesto de perjuicio patrimonial, sobre todo, porque aquí se resume la discusión y los puntos comunes que sirven para justificar la mentada identificación conceptual, aunque el autor propone notas propias.

⁹⁹⁰ En el ámbito de la administración desleal, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de...*, Ob. Cit., pág. 191, señala que podríamos plantearnos si, existe perjuicio ante una sentencia de condena, cuando todavía no es firme y cabe recurso, y preguntar si la empresa que tiene en su contra dicha sentencia, tiene en el mercado la misma imagen y, consecuentemente, la misma capacidad de endeudamiento, etc. Si se acepta que la imagen y la capacidad de endeudamiento empeoran, debe aceptarse también que una sentencia en contra constituye un perjuicio patrimonial. Esto es lo que se denominan daños reputacionales. Lo que nosotros afirmamos es que, si esto se prueba, existe un perjuicio patrimonial, una lesión, y no una puesta en peligro del mismo.

que resulta dogmáticamente inviable: un delito que exige un perjuicio patrimonial, es siempre un delito de (resultado de) lesión. En esto no existe duda y la doctrina es unánime. Por esta razón, resulta un verdadero quebradero de cabeza intentar aceptar que una puesta en peligro sea un perjuicio patrimonial⁹⁹¹, porque una puesta en peligro es siempre un estado previo al daño en los delitos de lesión⁹⁹². Ante esta circunstancia, ¿cómo se resuelve el problema? En la delimitación que nosotros hemos realizado de los genéricos comportamientos que mediante la infracción del deber de lealtad (lealtad patrimonial) que el administrador debe respecto del titular del patrimonio administrado, existía un tercer grupo de supuestos: comportamientos que impiden un aumento futuro del activo o son causa de un incremento futuro del pasivo⁹⁹³, un grupo de supuestos que viene exigido por la naturaleza propia del concepto de patrimonio (jurídico-económico y no meramente contable) que utilizamos, en el que se observa la necesidad de que se incluyan estos supuestos, porque en el patrimonio también se deben considerar aquellos rubros que podrían integrar el activo o el pasivo, porque la probabilidad de incremento o disminución patrimonial, es razonablemente cierta de haber el administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían.

En este sentido, el ejemplo que propone LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁹⁹⁴ y los análogos, son reconducibles a esta categoría, sin que se

⁹⁹¹ Como señalan PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 163, todo esto, pone de relieve, que el término peligro de perjuicio al patrimonio es desacertado, porque no se trata de situaciones de peligro, sino de daño.

⁹⁹² Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 239. Para la doctrina es unánime aceptar que, en la clasificación de los tipos en relación al bien jurídico, si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, se denominará delito de lesión, mientras que, si se contempla tan sólo su puesta en peligro, el tipo se denominará de peligro. En ambos casos se trata de tipos penales de resultado (pág. 231 y ss.), porque importa a efectos de la tipicidad que la acción vaya seguida de la causación de un resultado (peligro, lesión) separable espacio-temporalmente de la conducta.

⁹⁹³ Aceptando esta observación desde el análisis del perjuicio patrimonial, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 538-539, pero asumiendo que no se trata de un resultado de lesión sino, de uno de peligro al patrimonio administrado. Aunque (pág. 542), recalca que, no tendrían cabida casos de simple puesta en peligro del patrimonio administrado.

⁹⁹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de...*, *Ob. Cit.*, pág. 191. El ejemplo es el denominado caso Siemens. Nótese que al parecer este autor parte del concepto personal para decidirse sobre esta cuestión. Téngase en cuenta, que los argumentos de la Exposición de Motivos del Proyecto de 2013, para incluir un concepto de perjuicio patrimonial que abarque los supuestos en los que no sólo se disminuye el patrimonio, sino que, además, no se incrementa el mismo, estaban en el

precise de una reformulación del concepto de patrimonio (hacia el personal o funcional)⁹⁹⁵ y de una identificación dogmática y conceptual entre el peligro al bien jurídico y la lesión del mismo⁹⁹⁶. Se propone como ejemplo el de una empresa cuyos administradores, sin que tenga conocimiento la Junta de Accionistas, llevan una contabilidad B, por ejemplo, a través de otras empresas, en las que existe dinero para pagar sobornos que reportan a la sociedad contratos que suponen beneficios. En este caso, podría preguntarse: ¿existe perjuicio ante una sentencia de condena, cuando todavía no es firme y cabe recurso?, ¿la empresa que tiene en su contra dicha sentencia tiene en el mercado la misma imagen y, consecuentemente, la misma capacidad de endeudamiento, etc.? Señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que, si se acepta que la imagen y la capacidad de endeudamiento empeoran, debe aceptarse también que una sentencia en contra de la sociedad, constituye un perjuicio patrimonial y, esto es lo que se denominan daños reputacionales⁹⁹⁷. Una conclusión que compartimos. Porque es indudable que la sentencia en contra repercute en un daño patrimonial, por ejemplo, en términos de la reducción o de la incapacidad de endeudamiento, es decir, empeoramiento de los índices de solvencia. Sin contar con el hecho de que la imagen empresarial se ve perjudicada. Si se trata de una empresa dedicada a la producción de determinados productos cuya

concepto personal o funcional de patrimonio. Sin embargo, como hemos dicho en su momento, esta referencia fue eliminada del texto definitivo del Preámbulo. Esto no sólo refleja que, el legislador quiso decantarse por un determinado concepto de patrimonio, cosa que al final no ocurrió, sino que, además, el legislador ha querido incluir en el concepto de patrimonio aquellos perjuicios que no sólo disminuyen el patrimonio, sino que no lo incrementan, o que redundarán en una disminución posterior del mismo. Esto es lo que se debe rescatar de la discusión. Un problema al que se aporta una solución dogmática concreta en esta investigación sin que haya sido preciso mutar el concepto de patrimonio, fusionándolo con otros elementos de la tipicidad, cosa que no ocurre en la interpretación de ningún otro delito (exceptuando la estafa, que es el origen del problema interpretativo). Sobre esta cuestión, revisar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PE, quinta edición, pág. 547 y ss.

⁹⁹⁵ GALLEGU SOLER, J.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 488 y ss. Aquí directamente, el concepto personal o funcional de patrimonio, para el autor, juega un papel fundamental para la solución del problema.

⁹⁹⁶ Rechazando esta cuestión, también, PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: «Tema 11...», Ob. Cit., pág. 271, aunque sin argumentar el por qué.

⁹⁹⁷ Sin que, como afirma QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 587, se acepte la punibilidad como administración desleal a la causación de daños morales. No, al menos, respecto del art. 252 CP.

demanda es especialmente sensible ante la aparición de problemas de tipo legal, el problema es mucho más patente, piénsese en el caso de las emisiones de CO₂ de la empresa de automóviles Volkswagen, en el que se ha observado una reducción considerable en las ventas, sin contar con el monto que significará retirar del mercado aquellas unidades que así lo requieran, además del costo por la reparación de los vehículos y, de llegar el caso, también de las indemnizaciones y multas por la irregular actividad, sin contar con la disminución real del patrimonio por la disminución de la cotización en bolsa del precio de las acciones⁹⁹⁸.

Ante esta situación, lo que no compartimos es la inadecuada utilización de la expresión “*puesta en peligro*”, como si se tratase, primero, de una puesta en peligro en el sentido de una anticipación de las barreras de la punibilidad⁹⁹⁹; y, en segundo lugar, como si no se tratase de un daño o lesión patrimonial. El problema terminológico tiene un origen material: la no distinción entre los diferentes grupos de supuestos que hacen posible un perjuicio patrimonial como consecuencia de la infracción de los deberes de los administradores¹⁰⁰⁰. Esto a

⁹⁹⁸ En el diario *El País*, se publicó un reportaje elaborado por Bloomberg en Múnich, el 15 de diciembre de 2015, titulado: «Volkswagen sufre la mayor caída en cuota desde el escándalo por fraude». En este espacio se señala que Volkswagen AG sufrió su mayor caída en la cuota de mercado europeo mensual desde el escándalo por la manipulación de las emisiones que se conoció en septiembre. Según cifras publicadas por la Asociación Europea de Fabricantes de Automóviles (ACEA), la caída de 2,3 puntos porcentuales en la cuota de mercado de Volkswagen en noviembre sigue a la disminución de 0,9 puntos en octubre y 0,4 puntos en septiembre. Volkswagen tuvo una ganancia de mercado del 4,2%, menos de un tercio del aumento de toda la industria, el 14%, hasta 1,12 millones de vehículos. De todas formas, la cuota total de mercado de Volkswagen de enero a noviembre está en el 25% desde el 25,5% de hace un año. La acción ha caído un 22% desde el escándalo. El fabricante con sede en Wolfsburg tiene previsto iniciar el retiro de alrededor de 8,5 millones de vehículos con motor diésel en enero como parte de las secuelas del escándalo. Volkswagen ha dicho que las reparaciones tardaran al menos un año. “Solo estamos empezando a ver el impacto real” del escándalo de las emisiones, ya que las ventas actuales reflejan los pedidos realizados hace tres meses, dijo Carlos Da Silva, gerente de las previsiones de ventas de vehículos europeos en la consultora IHS Automotive.

⁹⁹⁹ Con las consecuencias dogmáticas y constitucionales que de ello deviene: ampliación ilegítima e infractora de las reglas que informan el principio de legalidad, interpretación extensiva no cubierta por la literalidad del precepto, etc.

¹⁰⁰⁰ El problema terminológico tiene repercusiones materiales también a nivel de la discusión, porque si se acepta que de lo que se trata es un peligro al bien jurídico, se critica una interpretación extensiva del tipo, que convierta típico el peligro, cuando la exigencia legal establece que se trata de delitos de lesión. En este sentido, por poner un ejemplo, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2012, pág. 231 y ss., señalaba en relación al perjuicio patrimonial: “eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una

su vez se explica porque no se entiende adecuadamente cómo funciona un concepto de patrimonio jurídico-económico, en el sentido de que no nos encontramos ante el simple registro o asiento en determinadas cuentas de los movimientos patrimoniales. La solución como se ha visto no está en la fusión de los diferentes elementos de la tipicidad como realizan los partidarios de la teoría personal o funcional del bien jurídico¹⁰⁰¹, ni tampoco en la utilización de determinadas expresiones que llevan a equívoco (puesta en peligro del patrimonio), sino en llevar hasta las últimas consecuencias la fundamentación jurídico-económica del patrimonio, apreciando como típicos, también, aquellos comportamientos que impiden un aumento futuro del activo o son causa de un incremento futuro del pasivo, porque en última instancia, son reconducibles normativamente a una disminución del patrimonio, en la proporción en que dejó de crecer el mismo o en la proporción en que se reducirá aquel.

interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado" de lesión.

¹⁰⁰¹ Como señala GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica..., Ob. Cit., pág. 780, hay que advertir otra cuestión, porque la acogida sin más de los enfoques personales o funcionales del perjuicio puede producir una simplificación en la estructura típica de la administración desleal, al fundir en uno solo dos de sus elementos: la infracción del deber de protección patrimonial y el perjuicio, en la medida en que este último puede estimarse concurrente siempre que se disponga del patrimonio de forma contraria al deber.

III. OBJETO DE LA ACCIÓN: EL PATRIMONIO ADMINISTRADO

El objeto material¹⁰⁰² lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio total sobre los que se ejerce de manera excedida o abusiva las facultades de administración que sobre el patrimonio se ostenta¹⁰⁰³. No es necesario que el objeto de la acción sea el patrimonio íntegro de un tercero, del titular del mismo, es decir que, puede integrar el objeto de esta infracción una parte o un conjunto de activos del mismo (una cartera de acciones o unas fincas, por ejemplo)¹⁰⁰⁴. Lo importante es destacar que, la infracción del deber de protección patrimonial repercute de manera directa en un perjuicio al patrimonio administrado, un perjuicio actual o futuro del patrimonio administrado. En el ámbito societario, el bien jurídico lo constituye el patrimonio social, de este modo, los ataques al patrimonio se realizan con motivo de la infracción del deber de custodia patrimonial al que el órgano de administración se encuentra obligado respecto de la sociedad. En este sentido, es discutible la crítica de FARALDO CABANA cuando afirma que la limitación del ámbito de aplicación en el delito de administración desleal del art. 252 CP, respecto del suprimido art. 295 CP, no se reduce en relación “*a la conducta típica o el resultado, pues ambos elementos han sido sustancialmente mejorados*”, sino que obedece “*a la reducción del ámbito de sujetos pasivos y a las dudas que suscitará la delimitación del sujeto activo*” del delito¹⁰⁰⁵. En

¹⁰⁰² Es de destacar que el nuevo tipo penal de administración desleal contemple una coincidencia lógico-material entre el objeto jurídico de protección y el objeto material de la acción. Porque el bien jurídico del art. 252 CP es el patrimonio administrado y el objeto material, los concretos bienes que componen el patrimonio sobre los que se ejerce la acción.

¹⁰⁰³ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 231. El objeto material está constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, también se la conoce como objeto de la acción. Como señala QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 579, en el ámbito de la administración desleal, el objeto sobre el que recae la acción es un patrimonio ajeno.

¹⁰⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 579; en el mismo sentido, RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo...», Ob. Cit., pág. 534.

¹⁰⁰⁵ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda ed., pág. 418; en sentido crítico respecto de la inclusión de estos sujetos en la antigua redacción, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 385, quien concluía que la selección de las víctimas se ha realizado de forma arbitraria, sin que exista un criterio claro que explique el porqué de la inclusión de las figuras seleccionadas y la exclusión de otras que pueden resultar perjudicadas igualmente por la conducta desleal de los administradores.

contra de lo afirmado por esta autora, considero que uno de los correctivos más importantes del delito de administración desleal ha sido precisamente este: solucionar el problema de la no coincidencia material entre el objeto jurídico de protección y el objeto material sobre el que recae la acción delictiva. Esta cuestión es fundamental respecto de los problemas que se suscitarán cuando medie o no consentimiento, porque, en los supuestos societarios, el patrimonio y los componentes de aquel, pertenecen a la persona jurídica, los socios no son los titulares del bien jurídico protegido para poder consentir en relación al mismo¹⁰⁰⁶, sino que dependerá de las formas de adopción de decisiones que contemple la propia sociedad en relación con la normativa de referencia a la que se debe el tipo social. Lo primero que habría que señalar es que el art. 252 CP contiene en su ámbito de aplicación todos los supuestos que cabían en el suprimido art. 295 CP¹⁰⁰⁷, porque, aunque se sostenga que era necesaria la mención de los restantes sujetos pasivos, no se podría efectuar un ataque a los intereses de aquellos sin que se configure la administración desleal como un ataque del patrimonio social. En este sentido, no es correcto afirmar que exista una reducción del ámbito de aplicación porque se hayan suprimido de la ley penal, aquellos mal llamados sujetos pasivos del delito. El argumento para justificar la inclusión típica de la protección de los demás sujetos pasivos estaba en relación a la tutela de protección mixta dirigida a amparar los intereses de terceros y de la economía en general¹⁰⁰⁸. El amparo del ahorro en

¹⁰⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de...*, Ob. Cit., pág. 190.

¹⁰⁰⁷ Esto es ahora una opinión general, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, vigésima edición, pág. 384; también, GALLEGU SOLER, J.: «Sección 2ª de la Administración desleal...», Ob. Cit., pág. 883; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PE, quinta edición, pág. 535. Por su parte, GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», Ob. Cit., pág. 770, afirma que, debe entenderse incluidos estos supuestos, sin embargo, cuestiona si existe o no en el ámbito societario un plus de desvalor al que convenga dar una respuesta más específica y ajustada (y en todo caso más taxativa) que la receta general de la administración desleal genérica. Tal y como se ha hecho con la malversación. Precisamente, por esta razón, un sector doctrinal, entre cuyos autores destaca, FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda edición, pág. 420 y ss., propone la tipificación expresa de un delito societario de administración desleal (fraudulenta), como un tipo especial y más grave que la administración desleal genérica, justificado por la protección del interés general sobre el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles o por la existencia de una amplia regulación de los deberes y obligaciones de los administradores de sociedades, etc.

¹⁰⁰⁸ FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda ed., pág. 367; se atribuye a GÓMEZ BENÍTEZ la idea de ampliar la consideración de los sujetos pasivos a los diferentes

todas sus expresiones¹⁰⁰⁹, por lo que no sería incorrecto que la administración desleal extienda su ámbito de protección a los intereses de terceros que puedan verse afectados con y por el delito. Sin embargo, este razonamiento es incorrecto¹⁰¹⁰. Por ejemplo, en el delito del art. 138 CP, nadie duda que los familiares del titular del derecho a la vida, de la víctima, son terceros cuyos intereses se ven directamente afectados o perjudicados por la acción delictiva y, sin embargo, a nadie se le ocurre afirmar que son los sujetos pasivos del delito. Por una sencilla razón, la acción típica desplegada se realiza de manera directa sobre el objeto material que materializa el interés jurídico protegido, la persona humana cuya vida es atacada y lesionada, y no sobre los otros intereses de los terceros que se ven perjudicados.

En el delito de administración desleal ocurre lo mismo, el comportamiento típico desplegado se realiza sobre los bienes o derechos que materializan el interés o bien jurídico protegido, el patrimonio, y aunque esto tenga repercusiones respecto de los intereses de terceros, dogmáticamente la afectación de aquellos intereses no los convierte en sujetos pasivos de la infracción. Además, el deber de custodia o de protección patrimonial que emana de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado, se exige respecto del primero para con el segundo, y no se extiende respecto de terceros, aunque estos resulten perjudicados¹⁰¹¹. En el

perjudicados incluidos en el tipo penal. En efecto, este autor pone de relieve esta posibilidad en su trabajo: «Notas para una discusión...», *Ob. Cit.*, pág. 477 y ss., idea que fue acogida no sólo por el legislador sino también por la doctrina, como, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», en *CPC*, 1982, pág. 117. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «Aproximación al delito...», *Ob. Cit.*, pág. 126, justificaba la posibilidad de ampliar la protección con una remisión e interpretación amplia del término bienes, de este modo, todos los bienes que sufran consecuencias en términos de perjuicio con ocasión del comportamiento del órgano de administración, haría posible que se califique a su titular como sujeto pasivo necesitado de protección.

¹⁰⁰⁹ NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 246.

¹⁰¹⁰ Lo ponían de manifiesto, entre otros: BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», *Ob. Cit.*, pág. 399; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», *Ob. Cit.*, pág. 330; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 124; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *Ob. Cit.*, pág. 378; señalando que esta opinión es la de la doctrina mayoritaria, GALLEGO SOLER, J.: «Capítulo XIII...», *Ob. Cit.*, pág. 653.

¹⁰¹¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios...», *Ob. Cit.*, pág. 193; en sentido contrario, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 256.

ámbito de la administración desleal, cuando del supuesto de hecho concreto surja la posibilidad¹⁰¹², la solución está en adherirse al proceso en calidad de perjudicado u ofendido, según corresponda¹⁰¹³.

El objeto material se circunscribe al patrimonio¹⁰¹⁴, es decir, a los componentes del patrimonio sobre los que repercute la acción delictiva¹⁰¹⁵. Por tanto, puede ser ejercitado sobre cualquiera de sus componentes materiales. Será objeto material de este delito cualquier elemento patrimonial cuya titularidad recaiga sobre la persona a la que se administra su patrimonio, todo elemento que integre el patrimonio con independencia de su naturaleza jurídica: bienes muebles, inmuebles, derechos, activos financieros¹⁰¹⁶, etc. En los

¹⁰¹² La solución no puede estar en elaborar una interpretación que justifique dogmáticamente aquello que no se puede justificar dogmáticamente, porque no es viable formular y justificar un tipo penal con un determinado objeto jurídico de protección y cuyo objeto material no sea su reflejo.

¹⁰¹³ Respecto de la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 230.

¹⁰¹⁴ Es discutible afirmar que el objeto material está exclusivamente en los bienes de la persona titular del patrimonio administrado, en este sentido se manifiestan, FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 566 y ss.; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 34; MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, Ob. Cit., pág. 342; MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit., pág. 230. Porque no todo comportamiento desleal del administrador se ejercita respecto de los bienes que integran el patrimonio. El patrimonio es el objeto material sobre el que recae la acción, como apuntan, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 254 y MATA Y MARTÍN, R.: «Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del art. 295 del Código penal», en *RdS*, núm. 13, 1999, pág. 157. Cuando se trate de una disposición típica, es importante observar que la acción que se realiza respecto del activo patrimonial importa al art. 252 CP, porque repercute en una disminución del patrimonio total. La disposición sobre bienes patrimoniales es típica porque materializa una disminución patrimonial. La acción de disponer bienes tiene como objeto una disminución del patrimonio. Cuando se trate de una contracción de obligaciones, sucede lo mismo, la acción que se realiza respecto del pasivo patrimonial, importa al art. 252 CP, porque repercute en una disminución del patrimonio total. La contracción de obligaciones a cargo de la persona titular del patrimonio, es típica porque materializa una disminución patrimonial. La acción de contraer obligaciones tiene como objeto una disminución del patrimonio. Lo mismo habría que afirmar de los comportamientos de disminución del patrimonio por frustración de una expectativa de ganancia o incremento futuro del pasivo, el objeto de esta acción se concreta en una disminución del patrimonio total, en la porción en que no creció el patrimonio ajeno o en la que decrecerá, como consecuencia del comportamiento desleal del administrador.

¹⁰¹⁵ Opinan lo mismo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, vigésima edición, pág. 384; RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo...», Ob. Cit., pág. 529.

¹⁰¹⁶ Al parecer, GALLEGOSOLER, J.: «Capítulo XIII...», Ob. Cit., pág. 653, piensa que objeto material de este delito puede ser solo un elemento del activo, olvidándose de los otros posibles comportamientos típicos distintos a la disposición de bienes.

supuestos de contracción de obligaciones, el objeto material lo sigue siendo el patrimonio, lo que sucede es que en estos casos se aprecia el ataque en los términos de un aumento del pasivo de que se trate y que produce una disminución al patrimonio total. Lo mismo sucede, por ejemplo, en los comportamientos de disminución del patrimonio por pérdida de las expectativas de ganancia.

IV. SUJETO PASIVO: EL TITULAR DEL PATRIMONIO ADMINISTRADO

Si el bien jurídico es el patrimonio administrado, el sujeto pasivo es quien ostenta la titularidad de aquel patrimonio¹⁰¹⁷. Por ejemplo, los hijos respecto de sus padres, los dueños de los stocks embargados, el inversor que libra sus activos a una sociedad de cartera¹⁰¹⁸, etc. En los supuestos de administración desleal cometido por el órgano de administración, el único sujeto pasivo lo constituye la sociedad titular del patrimonio administrado deslealmente¹⁰¹⁹. Esto quiere decir que, en función de la relación jurídica previa entre administrador y el titular del patrimonio administrado, se determinará la persona concreta susceptible de ser sujeto pasivo (y activo) del delito del art. 252 CP¹⁰²⁰. En este sentido, el texto del tipo legal señala que las fuentes de las que deriva la relación jurídica son tres: la ley, la orden o decisión de una autoridad y, un contrato o negocio jurídico.

En el ámbito de la ley, serán fundamentales, por un lado, las normas que hacen referencia a la regulación de la patria potestad en el ámbito del Derecho de familia y, por otro lado, la regulación que hace el Derecho mercantil-societario respecto de la relación entre administradores y titular del patrimonio administrado, especialmente lo referido a los diferentes deberes que informan el ámbito de organización de los administradores. En el Código Civil, los arts. 154.2^a, 164 y ss., 216, 261 y ss., establecen cuáles son los deberes de

¹⁰¹⁷ Por todos, MIR PUIG, S: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 230. El sujeto pasivo es el titular o portador del interés atacado.

¹⁰¹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 580.

¹⁰¹⁹ Del patrimonio cuyo perjuicio es consecuencia de un comportamiento que infringe el especial deber de protección patrimonial al que el órgano de administración se encuentra obligado respecto de la sociedad. Lo ponían de manifiesto en relación al suprimido art. 295 CP: BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática...», Ob. Cit., pág. 399; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «El delito societario...», Ob. Cit., pág. 330; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 193; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 124.

¹⁰²⁰ Como resalta, RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito...», Ob. Cit., pág. 533, en el caso de determinadas masas patrimoniales sin titular, como en el caso de la herencia yacente, o en los casos de entidades jurídicas sin personalidad, como las sociedades irregulares, será preciso acudir a lo que establece la normativa procesal, en relación a las ficciones jurídicas: arts. 6.4º, 6.5º, 7.5, 7.6 de la LEC.

los padres y tutores respecto de la administración de los bienes patrimoniales de sus hijos y pupilos, encargo o función que ha de ser desempeñada siempre en beneficio del administrado. En caso de que se realice una desleal administración, los sujetos pasivos del delito serían los hijos y pupilos, respectivamente¹⁰²¹. En el ámbito del Derecho de sociedades, resultan fundamentales los arts. 225 y ss., del TRLSC, en el que se establece el marco de deberes y obligaciones que regirán la relación jurídica entre el órgano de administración y la sociedad, persona jurídica titular del patrimonio administrado. En estos casos, ante un comportamiento de administración desleal, el único sujeto pasivo de la infracción, lo será la sociedad individualmente considerada.

Por otro lado, la autoridad, judicial o administrativa, puede también, imponer a un sujeto determinado, la obligación de administrar ciertos bienes temporalmente. En este ámbito, los administradores e interventores judiciales de conformidad a lo establecido en los arts. 630 y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se presentan como específicos de esta fuente del deber, que, dicho sea de paso, se rigen por las disposiciones mercantiles de conformidad al art. 632 de la referida ley¹⁰²². En estos casos, el sujeto titular o los sujetos titulares de la pretensión que genera la administración judicial o administrativa de los bienes, se constituye en el sujeto pasivo en caso de que se produzca un comportamiento de administración desleal¹⁰²³.

¹⁰²¹ También se puede citar dentro del CC, los arts. 1375-1391, que regulan la actuación del administrador en régimen de gananciales.

¹⁰²² Como pone de manifiesto, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 580, existen otras referencias legales respecto de la administración de patrimonios ajenos, por ejemplo, el depositario judicial, que puede ser el propio embargado de conformidad al art. 626.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el ejecutante en atención a lo prescrito por el art. 626.4 de la misma ley, quien tiene la obligación de conservar los bienes con la debida diligencia y a disposición del Tribunal, etc. En estos casos el sujeto pasivo, será quien tiene a su favor la pretensión legal sobre los bienes que se embargan.

¹⁰²³ Esta cuestión es problemática. En este sentido, CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «17.6. Apropiación indebida...», Ob. Cit., pág. 767, sostienen que se pueden producir conflictos concursales, especialmente, con los supuestos de malversación impropia, que sanciona a los administradores que sustraen o aplican a usos ajenos los bienes cuya administración les ha sido confiada por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Ofrece una solución, GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», Ob. Cit., pág. 780, quien señala que, si entran en el ámbito concursal, en este caso de normas, las relaciones con los arts. 432, 435.3º y 4º CP,

Por último, en el ámbito de las relaciones de administración de patrimonios ajenos que surjan con motivo de un contrato, es posible encontrar diversos tipos de negocios jurídicos. Estamos en el ámbito de los contratos que se dan en relación al mandato, la comisión, el contrato de representación, el contrato de alta dirección, el caso de los apoderados, etc. En estos casos, la persona física o jurídica que haya requerido los servicios a efectos de gestión o representación del patrimonio o de alguno de elementos del mismo, en relación a una concreta negociación, constituirá el concreto sujeto pasivo en caso de que se produzca un acto típico de administración desleal.

resultarán, estas últimas, de aplicación preferente. Como afirma, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 548, en la nota 117, tales conflictos no plantearan dificultades en relación a su resolución.

V. AUTOR

El concreto estudio de cuestiones de Parte General relacionadas al concepto de autor¹⁰²⁴, no son el objeto de esta parte de la investigación, sino la particularización del autor típico en el delito de administración desleal. El autor típico es una persona que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delito en el CP. En el ámbito de nuestro trabajo, esta relación especial entre la persona, autor y, el hecho, se manifiesta cuando el sujeto realiza como propio el comportamiento que prohíbe el art. 252 CP. En este ámbito, destaca la consideración casi general de la doctrina que entiende que la administración desleal es un delito especial¹⁰²⁵. Por esa razón nos vemos obligados, aunque brevemente, a exponer

¹⁰²⁴ Como afirma ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, Ob. Cit., pág. 304, al tipo objetivo pertenece siempre la mención del sujeto activo del delito. En general, en el lenguaje convencional, el autor es aquel que realiza algo, por esta razón, puede afirmarse que ese algo es suyo. En este sentido de la expresión, el autor, es la persona de quien se afirma es la causa de la existencia del objeto, o de quien se afirma que es el dueño de ese algo. Como señala MIR PUIG, S: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 374, el autor típico por su parte, ya en el ámbito del Derecho penal, es una persona que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delito en el CP. Según, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, Ob. Cit., pág. 177, esta relación especial (entre la persona, autor y, el hecho) se manifiesta cuando el sujeto realiza como propio algún comportamiento típico. El autor, es tal, porque el hecho le pertenece. En *strictu sensu*, el autor típico es autor del tipo de autoría, del tipo descrito en la parte especial y no del tipo de participación establecido en la parte general. Porque, los tipos contenidos en el Código penal se refieren a la realización del comportamiento típico por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la parte especial es complementado por las prescripciones contenidas en la parte general y que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. En efecto, la primera parte del art. 28 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Normas consolidadas contenidas en este código, que comprenden todas sus redacciones, desde el texto original hasta la versión vigente, tomado de la página web del BOE, www.boe.es, y que se corresponde con esta definición doctrinal de autor, establece que: “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Sin embargo, la ley ha incorporado en el concepto de autor a personas que sin realizar el hecho por sí solos, es decir sin que se pueda afirmar que el hecho es suyo en sí, sí se puede afirmar su autoría. Es el caso de la inducción y del que coopera con un acto sin el cual el comportamiento típico no se hubiese realizado.

¹⁰²⁵ La postura de PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 171, constituye una excepción, porque señalan que se trata de un delito de posición. Sobre este tipo de delito, en la nota 488, se citan a varios autores. Considero que la atención de la problemática acerca de los delitos de posición excede el marco del trabajo, sin embargo, es oportuno dejar asentadas varias cuestiones. Primero, es al menos discutible aceptar lo que se afirma en relación a la autoría, cuando se señala que se trata de un “delito de posición que puede ser cometido por todo aquel que realice la conducta típica hallándose en una posición de idoneidad relevante para atacar el patrimonio protegido” (pág. 171), sobre todo, cuando se argumenta en atención al injusto de la administración desleal, que “la posición de garantía del administrador no nace sin más de la ley o de un negocio jurídico, sino que, nace de un acto de asunción de una competencia por la

los fundamentos teóricos de esta clasificación delictiva relacionándola con la categoría de los delitos de infracción de deber, por ser la opción teórica desde la que hemos fundamentado el delito del art. 252 CP.

1. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DELITOS ESPECIALES

La doctrina mayoritaria¹⁰²⁶ ha afirmado que el delito de administración desleal es un delito especial propio¹⁰²⁷. Pero, ¿qué es lo que se afirma cuando

indemnidad de un patrimonio ajeno" (pág. 81). Esto, porque, si el injusto está en el deber asumido, pero derivado de la ley, no puede realizar el injusto un sujeto que se encuentre en la posición idónea (dominio), pero que no ostente el deber (infracción de deber). En segundo lugar, es obvio que, a partir de aquí, se observen problemas de incoherencia del sistema, porque no puede fundamentar "*algo*" el tipo y luego, al momento de individualizarse la responsabilidad, ese "*algo*" se diluya. En tercer lugar, está claro que la sola ostentación formal del deber no fundamenta el tipo, lo que fundamenta el tipo es el no haberse comportado de conformidad al deber cuando se debía y podía hacerlo. La imputación objetiva soluciona los problemas que se intentan corregir mediante la referencia al delito de posición. En cuarto lugar, está claro también que, no se puede realizar y, por tanto, alegar ad-hoc la desvinculación de la posición de garante, esta debe seguir el adecuado procedimiento (delegación) para que surta el efecto exonerante o atenuante que se persigue.

¹⁰²⁶ En relación a la suprimida administración desleal societaria, NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, Ob. Cit., pág. 266, 272; MAYO CALDERON, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit., pág. 327; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 66, 81; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 53; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 195, quien corrobora que una amplia gama de autores compartía esta tesis, entre los que destacan: ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos societarios en el Proyecto...», Ob. Cit., pág. 59; FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., primera edición, pág. 269; GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., 1996, pág. 496; GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., 1996, pág. 841; MANZANARES SAMANIEGO, J.: «Los administradores y Altos...», Ob. Cit., pág. 296; MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, Ob. Cit., pág. 249 y 336; MUÑOZ CONDE, F.: «Delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 148; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 113; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Los nuevos delitos pseudosocietarios...», Ob. Cit., pág. 91; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentarios al Título XIII...», Ob. Cit., 1996, pág. 1441; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., pág. 180; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa...*, Ob. Cit., pág. 80; VALLE MUÑIZ, J.: «Capítulo XIII: De los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 689; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios...», Ob. Cit., pág. 182.

¹⁰²⁷ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 237. En general, se afirma que cuando la ley penal no limita el ámbito de los posibles sujetos activos, nos encontramos ante delitos comunes, cuando suceda lo contrario, nos encontraríamos ante delitos especiales. Es decir, que, en estos últimos sólo pueden ser sujetos activos del delito quienes posean ciertas condiciones especiales que el tipo penal concreto exija. Preferimos, por las razones que expone GÓMEZ MARTÍN, V.: *Los delitos especiales*, Ed. Edisofer y B d F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, pág. 59 y ss., partir de un concepto amplio de delitos especiales que comprenda todos aquellos

se sostiene que el delito de administración desleal es un delito especial propio?¹⁰²⁸, ¿nos encontramos ante una mera y formal clasificación de los tipos en relación al hecho de que el tipo penal concreto determina un círculo reducido de posibles sujetos activos? O, por el contrario, ¿es posible establecer una fundamentación material y en relación a ella, explicar por qué el legislador decide establecer una prohibición con amenaza de pena a unos determinados sujetos y no a otros?¹⁰²⁹ La respuesta provisional y de inicio está en la propia clasificación que de los delitos especiales la doctrina ha construido. En este

comportamientos en los que el tipo penal, de una u otra manera, hubiera restringido el círculo de posibles sujetos activos. De lo contrario, la simple remisión a “*el que...*”, “*los que...*”, obligaría a entender que nos encontramos ante un delito común, y aunque es cierto que en muchos de los casos de los delitos comunes, el legislador recurre a esa genérica fórmula, también no es menos cierto que en determinados tipos penales, aun recurriendo a la referida fórmula, el legislador restringe el círculo de posibles sujetos activos en relación a la conducta típica (alzamiento de bienes, apropiación indebida) o el objeto material (aborto), etc. En este sentido, correctamente, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 337, quien señala que, “*los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona, y en la mayoría de los casos comienzan, aunque no necesariamente con el término “quien o el que”*”. En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 237. Esto nos permitirá luego distinguir entre una formulación formal de delitos especiales y una formulación material de los mismos. Por su parte, los delitos especiales pueden ser propios e impropios. Son delitos especiales propios aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos y no por otros. Sobre esto revisar, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 338; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238; MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238, quien señala que, si alguna otra persona ejecuta el hecho, no pueden ser éstos autores ni de este delito ni de ningún otro delito común que castigue la misma conducta; MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 290, utiliza la expresión delito especial en sentido estricto. Son delitos especiales impropios aquellos en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación, revisar, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 338; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238; MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238, para quien, estos delitos, guardan correspondencia con un determinado delito común por lo que el sujeto no cualificado que ejecuta el hecho puede ser autor de aquél; MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 290, utiliza la expresión delito especial en sentido amplio.

¹⁰²⁸ Respecto del nuevo tipo penal del art. 252 CP: afirmando que se trata de un delito especial consistente en la infracción de un deber, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 578; señalando que se trata simplemente de un delito especial, GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio...», Ob. Cit., cuarta ed., pág. 420; en el mismo sentido, GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, 2015, pág. 143; afirmando que la administración desleal, con el nuevo tipo penal del art. 252 CP, ha dejado de ser un delito especial propio, PRECIADO DOMÉNECH, C.: «XXIX. La apropiación indebida...», Ob. Cit., pág. 525, aunque lo hace sin ofrecer una explicación de ante qué clase de delito nos encontramos y por qué se argumenta que ya no es un delito especial propio.

¹⁰²⁹ Las respuestas a estas cuestiones tienen repercusiones respecto de la total teoría de los delitos especiales, sin embargo, vamos a referirnos de manera puntual al delito de administración desleal, objeto de la investigación, para guardar armonía con la finalidad del trabajo y con su extensión.

sentido, el concepto genérico o amplio de delito especial (aquellos comportamientos delictivos en los que de alguna manera el texto legal limita el círculo de posibles sujetos activos) engloba todo tipo de comportamientos delictivos que se encuentran limitados por algún carácter especial, cuya exigencia permite no sólo reducir el número de sujetos activos posibles, sino que, además, permite estructurar un perfil de autor posible, de donde se inferiría que quien no cumple con ese perfil no es susceptible de cometer el acto ilícito.

Por esta razón, caben los denominados delitos especiales impropios¹⁰³⁰, en los que el autor por tener una especial cualificación responde con una pena agravada, por ejemplo, en el delito de lesiones cometido por funcionario público, en el delito de denegación de auxilio requerida por un particular cometido por un funcionario público (art. 412.3 CP), en el delito de denegación de la prestación de un servicio público cometido por un funcionario público (art. 511.3 CP), etc., en estos casos el fundamento del tipo es el mismo que ha servido para sustentar el delito común, sin embargo, por la cualificación del autor (funcionario público), se agrava la pena¹⁰³¹. El carácter de especial de estos delitos está en el hecho de que sólo se puede agravar la pena si se posee una determinada cualificación; en los casos reseñados, se trataría de la cualidad de funcionario público¹⁰³². Pero, en esa genérica definición de delito especial, caben también los propios delitos especiales o delitos especiales en sentido

¹⁰³⁰ No debe extrañarnos que, MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 290, utilice la expresión delito especial en sentido amplio, para referirse a este tipo de delitos.

¹⁰³¹ Estos delitos no serían, en sentido estricto, delitos de infracción de deber, porque el fundamento del tipo sigue siendo la institución negativa, *neminem laedere*, fundamento del tipo penal del delito común al que hace referencia el delito cuya agravación se da por la especial cualificación del sujeto activo.

¹⁰³² Si se acepta que la cualificación o el carácter de especial del delito (en sentido amplio) viene dada por la concreta posición del sujeto activo ante un deber de carácter extra-penal, es factible hablar en estos casos de delitos de infracción de deber (también en sentido amplio), tal y como lo hace ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 338. Sin embargo, considero mucho más correcto utilizar la expresión delitos de infracción de deber para aquellos supuestos en los que el deber positivo fundamente el tipo, según la postura que mantiene en Alemania JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 11 y ss., *passim*, y en España, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 65 y ss., 173 y ss., *passim*. Desde esta perspectiva, correctamente, también, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238, afirmando que sólo los delitos especiales propios forman parte de la categoría de los delitos de infracción de deber.

estricto¹⁰³³, en los que la relación entre el autor y el bien jurídico fundamenta el tipo y de este modo, los caracteriza de manera especial. Esta relación normativa (entre autor y bien jurídico), es independiente de la ejecución personal de la acción y surge de una posición jurídica previa del sujeto activo¹⁰³⁴. En los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena¹⁰³⁵. El delito de administración desleal sería el caso paradigmático de los delitos especiales propios. En este delito, el autor mantiene una relación normativa especial con el bien jurídico, de la que surgen deberes de protección respecto del mismo, y en este sentido, la infracción del deber fundamenta la pena¹⁰³⁶.

Hasta este punto, entre los delitos especiales propios y los delitos de infracción de deber¹⁰³⁷, no existe ninguna diferencia material¹⁰³⁸, porque en ambos casos se trataría de delitos cuyo fundamento está en la previa relación normativa que existe entre el bien jurídico y el sujeto activo¹⁰³⁹. Es obvio que

¹⁰³³ MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 290; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Los delitos especiales...*, Ob. Cit., pág. 254. Este autor, luego de un amplio estudio crítico sobre las diferentes fundamentaciones materiales que se han propuesto respecto de los delitos especiales (teorías de la norma especial pág. 67 y ss., teorías del deber jurídico especial pág. 96 y ss., teorías de los delitos de infracción de deber pág. 128 y ss., teorías del injusto especial pág. 186 y ss., teorías del dominio del hecho pág. 200 y ss., teorías del bien jurídico especial pág. 225 y ss., teorías del desvalor ético-personal y ético-social especial pág. 231 y ss.), concluye que, “la mayor parte de los delitos especiales se caracterizan por la implicación del bien jurídico en un ámbito de actividad social estructurado de un modo más o menos formalizado y dominado por su titular intraneus”, estos delitos son los que se deben denominar delitos especiales en sentido estricto.

¹⁰³⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238.

¹⁰³⁵ ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 338.

¹⁰³⁶ La administración desleal cometida por un funcionario público (delito de malversación del art. 432 CP), es un ejemplo también paradigmático de delito especial propio, en el que la infracción del deber fundamenta la pena. Este caso es importante, porque la doctrina suele emplearlo como ejemplo de delito especial impropio, porque el carácter de funcionario público agrava la pena. Sin embargo, aunque esto es cierto, la administración desleal del funcionario tiene como fundamento el especial deber de custodia patrimonial que debe el funcionario respecto del titular del patrimonio, que, en este caso, es el Estado.

¹⁰³⁷ Sobre los delitos de infracción de deber, revisar el capítulo sobre la fundamentación del tipo.

¹⁰³⁸ Tanto es así que, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 338, señala que, en los casos de los delitos especiales, “es mejor hablar de “delitos de infracción de deber””; por su parte, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 238, directamente señala que “los delitos especiales propios se clasifican entre los llamados “delitos de infracción de deber”.

¹⁰³⁹ En el ámbito de la administración desleal, la relación normativa previa existente entre el bien jurídico y el titular del patrimonio administrado

el origen, desarrollo e incluso el nombre de las diferentes categorías ha sido y es distinto. Sin embargo, ambas categorías hablan de lo mismo e incluso se podría afirmar que existe una plena coincidencia material. Lo pone de manifiesto el hecho de que, cuando la doctrina establece en qué consisten los delitos de infracción de deber, señalan “*que el fundamento material del delito especial se encontraría, no en la institución en sí, sino en la función institucional desarrollada por el sujeto de acuerdo con la posición social por él ocupada*”, y cuando definen qué son los delitos especiales en sentido estricto o delitos especiales propios, manifiestan que “*la mayor parte de los delitos especiales se caracterizan por la implicación del bien jurídico en un ámbito de actividad social estructurado de un modo más o menos formalizado y dominado por su titular intraneus*”¹⁰⁴⁰. Por tanto, bajo estas premisas es correcta la afirmación de que el delito de administración desleal es un delito especial propio o un delito de infracción deber¹⁰⁴¹, porque el fundamento material del tipo está en el deber de protección patrimonial que el administrador debe al titular del patrimonio administrado¹⁰⁴². La administración desleal constituye

¹⁰⁴⁰ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Los delitos especiales...*, Ob. Cit., pág. 249 y 254. Este autor, desarrolla el párrafo citado (pág. 249), señalándonos que esta forma de fundamentar los delitos especiales a través de la teoría de los delitos de infracción de deber es criticable. Sin embargo, cuando propone un entendimiento desde la doctrina tradicional, no dice nada materialmente distinto de aquello que objetó. Además, el autor confiesa que la postura estudiada críticamente de la teoría de los delitos de infracción de deber, “*es ampliamente compartible*”. Entonces, la fundamentación material es idéntica, aunque la línea argumental y las palabras difiera.

¹⁰⁴¹ Aceptando que se trata directamente de un delito de infracción de deber, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 84, 182, 184, 202, 204, *passim*.

¹⁰⁴² Sobre el por qué me decanto por la utilización de la categoría de los delitos de infracción de deber, revisar el capítulo sobre la fundamentación del tipo penal. En resumen, podría señalar que, la estructura bipartita de los delitos en delitos de dominio y delitos de infracción de deber, como teoría del delito que explica la fundamentación de los mismos, me parece una teoría coherente con los presupuestos y conclusiones. De acuerdo con esta teoría, la determinación de ante qué tipo penal nos encontramos, no depende del círculo de posibles autores (tal y como la más moderna doctrina de los delitos especiales acepta), sino que está relacionada con la fundamentación del injusto, con la estructura del delito y el deber al que se encuentra ligado. Si es un delito de dominio la prohibición es de aquellas que procura evitar dañar a un tercero, se trata de una norma que patentiza la prohibición originaria, el *neminem laedere*. Si por el contrario nos encontramos ante un delito de infracción de deber, se trata de una norma que no sólo exige no dañar, sino que además se integran en la prohibición unos concretos deberes positivos en relación a una concreta institución positiva, que exigiría también procurar la protección, cuidado, mejora, etc., del bien jurídico. En función del tipo de delito (injusto) dependerían los diferentes elementos del delito y en función de esta fundamentación, se debe realizar la interpretación típica. Por tanto, la autoría y participación, es una cuestión relacionada y dependiente del concreto fundamento del tipo y debe ser estudiada en coherencia con los previos presupuestos.

una infracción del deber de lealtad mediante la infracción del deber de protección patrimonial que el administrador se encuentra obligado a cumplir para salvaguardar los intereses del principal en las actuaciones interesadas del propio administrador y en las que repercuten intereses ajenos. Como la administración desleal solo puede ser cometida por el sujeto que tiene una posición jurídica de la que surge el deber de tutelar los intereses patrimoniales ajenos, nos encontramos ante un delito de infracción de deber¹⁰⁴³. Con estos resultados, estamos en condiciones de determinar quién es el sujeto al que se destina la prohibición penal del art. 252 CP.

2. DESTINATARIO DE LA PROHIBICIÓN DEL ART. 252 CP: EL ADMINISTRADOR DE HECHO O DE DERECHO

Como hemos afirmado antes, las reglas de la autoría y participación no constituyen un concepto autónomo desligado de la naturaleza que explica y justifica el injusto penal¹⁰⁴⁴. En este sentido, es preciso determinar y explicar ante qué tipo de ilícito penal nos encontramos, para de este modo, explicar la autoría y participación. El objeto de este apartado, hemos adelantado, no es otro que desentrañar quien es el autor típico al que se dirige la prohibición en el delito de administración desleal contenido en el art. 252 CP, para lo que, necesitábamos, primeramente, señalar que nos encontramos ante un delito de

Este punto de vista y de partida, no es tan obvio cuando se realiza el análisis desde la clasificación de los delitos comunes y especiales, como si se tratara de problemas desconectados normativamente. Por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 81, llegó a afirmar que, “el delito del art. 295 se construye como un delito especial propio. Ahora bien, ello no implica que se considere como un puro delito de infracción de un deber, dado que sigue siendo un delito de dominio”. Una afirmación que en toda regla es incorrecta, ya sea que se parta de la estructura de los delitos de infracción de deber (o de dominio) o desde la estructura de los delitos especiales propios. Además, no toda la doctrina acepta que en los delitos especiales exista una fundamentación material especial, sino que, se trataría simple y llanamente de una clasificación formal de los tipos en relación el círculo de posibles sujetos activos. Por estas razones preferimos la categoría de los delitos de infracción de deber.

¹⁰⁴³ La administración desleal sería, por tanto, un delito de infracción de deber que consiste en lesionar un deber especial, cuyo fundamento se encuentra en la relación jurídica del administrador y el patrimonio por él administrado, un deber circunscrito al ámbito del deber de lealtad y se concreta en el deber de protección del patrimonio.

¹⁰⁴⁴ JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 9 y ss.

infracción de deber¹⁰⁴⁵. Por tanto, la autoría se define en relación al deber de protección patrimonial que ostentan determinados sujetos, en relación al titular de ese patrimonio encomendado. Respecto de la autoría, la nota definitoria en el delito de administración desleal viene señalada, por el deber de cuidado patrimonial que incumbe a una persona, a la que, en concreto, le ha sido encomendada la facultad jurídica de decisión autónoma de administrar un patrimonio gozando de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión de dicho patrimonio¹⁰⁴⁶, y en relación al cual (al margen de discrecionalidad), puede producir un ataque al patrimonio administrado. Únicamente la existencia de ese margen de discrecionalidad relevante en la administración (total o parcial) de ese patrimonio ajeno, hace aparecer con claridad la obligación de protección patrimonial que es carácter común a los autores del delito de administración desleal¹⁰⁴⁷.

El deber puede ser asumido por parte del sujeto administrador de diversas maneras, en función al origen normativo de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado: la ley, una decisión de autoridad o un negocio jurídico, siendo indiferente cuál sea la fuente concreta de la que nace la capacidad jurídica de gestionar o administrar el patrimonio ajeno¹⁰⁴⁸, aunque tampoco esté de más la concreta mención, porque aunque se

¹⁰⁴⁵ Como manifesté oportunamente, en el capítulo correspondiente a la fundamentación del injusto, considero más adecuado metodológicamente hablando, empezar por este aspecto, porque de la opción interpretativa, surgirán las soluciones prácticas, es decir, si es un delito de dominio o de infracción de deber, repercutirá de manera distinta, al momento de solucionar las cuestiones de autoría y participación. En un sentido muy similar, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 578, definiéndolo como un delito especial consistente en la infracción de un deber.

¹⁰⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», Ob. Cit., pág. 546; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, Ob. Cit., PE, quinta edición, pág. 550. Este autor pone de relieve que, si no existe esa autonomía o margen de discrecionalidad en el administrador y lo que existe es una obligación concreta de darle un destino específico perfectamente determinado al bien administrado, habrá un delito de apropiación indebida en el caso de que el administrador incumpla esa obligación, dándole al bien recibido un destino diferente al pactado, sea en beneficio propio, sea en beneficio ajeno. Una posición, muy discutible, porque si el bien se entrega con ocasión de las facultades de administración, todo acto perjudicial, será consecuencia de la infracción de los deberes que como administrador está obligado a cumplir respecto del titular del patrimonio administrado.

¹⁰⁴⁷ NIETO MARTÍN, A.: «17.7. Administración desleal...», Ob. Cit., pág. 797.

¹⁰⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», Ob. Cit., pág. 547.

arguya que, hubiese resultado preferible, prescindir de la enumeración de las fuentes de dichas facultades (ley, autoridad, negocio jurídico, etc.) por entender que no aportan nada al ámbito típico, ya que lo relevante es poseer las facultades jurídicas y abusar o excederse en el ejercicio de aquellas, con independencia de su fuente¹⁰⁴⁹, también es cierto, que la mención debe ser entendida como corroboración de la amplia protección que la ley penal quiere otorgar respecto de la gestión de patrimonios ajenos; su concreta mención, refuerza el sentido de la protección jurídico penal respecto de los ataques que se puedan producir con ocasión de la gestión de todo patrimonio¹⁰⁵⁰. Además, puede tener la capacidad y la ventaja de excluir del ámbito típico las actuaciones que descansen en una simple relación de confianza¹⁰⁵¹, no típicas, por no proceder de las referidas fuentes.

En relación a la ley, como destinatarios de la norma penal destacan, por un lado, los padres y tutores quienes de conformidad a lo establecido por el CC en los arts. 154.2ª, 164 y ss., 216, 261 y ss., son quienes deben administrar el patrimonio de los hijos y pupilos respectivamente; y, por otro lado, los administradores sociales. Estos últimos tienen un marco normativo muy desarrollado sobre los límites a los que se encuentra sometida su actividad de gestión y representación. En el marco de las decisiones de autoridad administrativa o judicial, destacan las figuras del administrador judicial (arts. 630 y ss., LEC), el depositario judicial (art. 626 LEC), etc., quienes, por orden

¹⁰⁴⁹ Como pusimos de manifiesto antes, esta cuestión podría suscitar problemas. En este sentido, se manifiestan, CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «17.6. Apropiación indebida...», *Ob. Cit.*, pág. 767, para quienes, además, su presencia producirá conflictos concursales, especialmente, con los supuestos de malversación impropia, que sanciona a los administradores que sustraen o aplican a usos ajenos los bienes cuya administración les ha sido confiada por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. En este sentido, como afirma GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», *Ob. Cit.*, pág. 780, si entran en el ámbito concursal, en este caso de normas, las relaciones con los arts. 432, 435.3º y 4º CP, resultarán, estas últimas, de aplicación preferente. Como afirma, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 548, en la nota 117, tales conflictos no plantearan dificultades en relación a su resolución.

¹⁰⁵⁰ Por otro lado, para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, *Ob. Cit.*, pág. 196 y ss., la mención del negocio jurídico, como fuente del deber, permite solucionar el problema de si se acepta la autoría del administrador de hecho.

¹⁰⁵¹ GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica...», *Ob. Cit.*, pág. 776.

de la autoridad, deben cumplir con el encargo de gestionar los bienes para cumplir con una determinada obligación, generalmente reconducible a la satisfacción de deudas u obligaciones que quedaron pendientes, como en el caso de la administración concursal. Por último, como consecuencia de un contrato o negocio jurídico, también pueden surgir deberes de protección patrimonial, producto de la asunción de facultades y obligaciones de gestión o representación del patrimonio ajeno. Como ejemplo paradigmático de este amplio abanico de posibilidades están los contratos de: mandato, depósito, comisión, representación, alta dirección, el caso de los apoderados, etc. En este ámbito, se deben incluir aquellos encargos de gestión, en el que, en atención a otras relaciones jurídicas, se otorgan determinadas facultades de gestión sobre el patrimonio ajeno, o sobre determinadas porciones del mismo¹⁰⁵².

Lo importante está en observar que en el ámbito del art. 252 CP, los requisitos del tipo penal determinan que, la relevancia penal está en relación a los comportamientos de quienes ostentan competencias obtenidas jurídicamente para administrar bienes de otra persona física o jurídica¹⁰⁵³. En este sentido, la condición de autor estará determinada por la previa condición de administrador y/o por el ejercicio material de las facultades para administrar el patrimonio ajeno. Es indiferente la denominación de la función: administrador, gestor, representante, mandatario, apoderado, padre, tutor, curador, albacea, etc., lo importante está en el ejercicio material de las tareas y competencias que debe asumir quien ostenta el cargo para administrar o gestionar un patrimonio ajeno¹⁰⁵⁴. Esto quiere decir que, pueden o no coincidir en el concreto hecho el administrador, y el ejercicio material de las facultades para administrar un patrimonio ajeno. Esta diferenciación surge porque del fundamento del injusto se desprende que quien tenía el deber lo infringe y,

¹⁰⁵² El supuesto de la asistente del hogar que está encargada de realizar las compras y demás acciones tendentes a que la gestión del hogar esté siempre en orden, es un caso paradigmático, porque aquí se entregan facultades de gestión y manejo de los recursos, por ejemplo, de la libreta de ahorros, etc. En caso de que se realice una incorrecta gestión de los recursos, se podría imputar un delito de administración desleal, observando siempre la superación de los criterios de imputación objetiva.

¹⁰⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *Ob. Cit.*, cuarta ed., pág. 415.

¹⁰⁵⁴ RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito...», *Ob. Cit.*, pág. 533.

como consecuencia, se produce el resultado prohibido por el tipo. Entonces, el deber puede ser vulnerado mediante comportamientos activos y omisivos. En el ámbito de los omisivos, destaca el ejercicio material del comportamiento (de un tercero), que materializa el inadecuado ejercicio de las facultades de administración.

En relación a este último ámbito, es preciso diferenciar los comportamientos de los administradores de derecho¹⁰⁵⁵, que ostentan en relación a un nombramiento el deber de gestionar el patrimonio ajeno, respecto de quienes tienen el encargo de gestionar y administrar el patrimonio ajeno, pero no en consideración a un título positivo, sino en relación a uno negativo u omisivo¹⁰⁵⁶, nos referimos a los administradores de hecho¹⁰⁵⁷. El fundamento de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado está en la situación fáctica de confianza previa, que supone dotar de facultades de administración sobre el patrimonio propio a otro. Cuando esta entrega-recepción de facultades se establece de conformidad a las reglas positivas que

¹⁰⁵⁵ Sobre este concepto, la doctrina ha realizado un estudio bastante extenso, por ejemplo, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 213, para quien, el concepto de administrador de derecho no debe ofrecer dudas al respecto de quienes se integran en tal término, pues habrá que acudir a la legislación extrapenal correspondiente. Por lo que la referencia a aquellos debe interpretarse en un sentido propio, es decir, siendo necesario para su apreciación la existencia de un nombramiento y de su aceptación. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda edición, pág. 53.

¹⁰⁵⁶ Desde esta perspectiva, aquí, en el concepto de administrador de hecho, como lo pone de manifiesto SCHÜNEMANN, B.: «La administración desleal...», Ob. Cit., pág. 24, caben los comportamientos de los socios “que, de hecho, con base en un mandato (incluso implícito) de los administradores, adopta esta posición sin nombramiento ni registro formal alguno”. Es cierto que este autor argumenta esta posibilidad en relación al tipo de infidelidad del parágrafo 266 StGB, sin embargo, nada dificulta que se considere al socio que así actúa, a todos los efectos, como un administrador de hecho, porque es quien ejerce materialmente las funciones de administrador, ya sea como consecuencia de la entrega-recepción de las facultades de administración por parte del titular del patrimonio administrado o por lo menos, no consta su reprobación por parte de aquel; o, en su defecto, actúa en atención a un acto de delegación por parte del administrador. En relación al suprimido art. 295 CP, la doctrina se pronunció favorable a esta interpretación, por ejemplo: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 123; MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit., pág. 336 y ss.

¹⁰⁵⁷ En el mismo sentido, la doctrina ha desarrollado de manera amplia los contornos del concepto. CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 233 y ss., señala que este concepto ha sido extraído de la doctrina francesa, y en el estarían contenidas todas aquellas figuras que, sin ser administradores (por un título positivo), realmente dirigen los destinos de los elementos patrimoniales de la persona titular de aquellos.

la ley establece, nos encontramos ante títulos positivos que otorgan las facultades de administración (administración societaria, etc.). Hay supuestos en los que el proceso de entrega-recepción de las facultades de gestión patrimonial, se realiza sin que medien actos positivos que exterioricen la existencia material y formal de la relación jurídica, pero, sin embargo, como estos supuestos ocurren, la ley ha querido de igual manera proteger los intereses involucrados en el ámbito de la relación jurídica, por ejemplo, los intereses patrimoniales¹⁰⁵⁸.

Como el fundamento genérico de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado, está en la confianza que el segundo tiene respecto del primero, se debe entender que, cuando una persona sin respaldo de título jurídico alguno, realiza y ejerce facultades de gestión y/o representación de un determinado patrimonio ajeno, se trata de un administrador de patrimonios, uno de hecho obviamente, pero en todo caso, un administrador. Como señala QUERALT JIMÉNEZ¹⁰⁵⁹, cierto es que carecen del poder de representación y/o gestión que su cargo les presupone, sin embargo, sabemos que el poder de administración de los altos directivos (que sin ser administradores), está legítimamente extendido y no es siempre necesaria, además, su inscripción en los registros mercantiles; basta con su exhibición. Sabemos también que el mandato es un contrato consensual, que no requiere

¹⁰⁵⁸ Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 196 y ss., la mención del negocio jurídico, como fuente del deber, permite solucionar el problema de si se acepta la autoría del administrador de hecho. Considero que esta explicación es plausible, pero pierde de vista la razón fundamental del por qué el administrador de hecho es susceptible de responder jurídicamente: el ejercicio material de las funciones de administrador como consecuencia de la entrega-recepción de las facultades por parte del titular del patrimonio administrado. A este respecto, debemos recordar que, la figura del administrador de hecho está contemplada en la legislación de referencia, tanto el CC como el TRLSC aceptan la existencia de este tipo de administración, por tal razón, determinan que son sujetos susceptibles de acarrear una responsabilidad. El art. 236.3 TRLSC señala que, *"La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad"*. Se trata de un concepto amplio en el que lo importante es el ejercicio de las funciones de administrador. Por tanto, no es necesario recurrir al argumento de la fuente del deber, del negocio jurídico, porque no hace falta.

¹⁰⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 583, es más, esta situación es sumamente frecuente y nada ajena en determinados contextos relacionales.

forma. Por tanto, si alguien actúa administrando ante terceros activos patrimoniales ajenos sin necesidad de exhibir documentación alguna, y del principal no consta reparo alguno, se presume la asunción de las funciones del gestor por parte del mandante o administrado. Por lo que, no debe existir duda normativa alguna al momento de considerar al administrador de hecho como administrador de patrimonios ajenos a todos los efectos¹⁰⁶⁰, porque la relación de confianza es lo que se precisa para dar fundamento a la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado¹⁰⁶¹, este hecho es lo

¹⁰⁶⁰ Por su parte, FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, Ob. Cit., segunda edición, pág. 53, realiza una fundamentación desde la perspectiva del dominio social. En este sentido, se debe exigir que la actuación del administrador de hecho sea materialmente idéntica a la del administrador de derecho. Esta postura se basa en la teoría que al respecto desarrolla GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro...*, Ob. Cit., pág. 127. Como se puede observar, nosotros entendemos que la exigencia de que el comportamiento sea materialmente idéntico al que hubiera realizado el administrador de derecho, es reconducible a la existencia de una relación jurídica no positiva, existente, pero que formalmente no se encuentra determinada según las reglas de la normativa extrapenal. Por tanto, la equivalencia se da porque en ambos casos, administrador de hecho y de derecho, ostentan facultades de administración del patrimonio ajeno y, por tanto, deben respecto del titular de aquel, un deber de protección patrimonial. Su comportamiento es punible porque se encuentran en posición de garante, una posición que deriva del hecho de haber asumido y aceptado, de hecho, el cargo, función o rol de administrador, con las consecuencias jurídicas que de ello deviene.

¹⁰⁶¹ Con una fundamentación distinta, invirtiendo el punto de partida, MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien...*, Ob. Cit., pág. 332 y ss., para quien, “administradores de hecho serán todas aquellas personas que en virtud de su dominio sobre la estructura social tienen acceso jurídico-penalmente relevante al bien jurídico”, por tanto, “lo relevante no es tener el «status» de administrador, es decir, ser titular del cargo según los requisitos exigidos en la legislación mercantil, sino el ejercicio de las facultades que dicha titularidad entraña, es decir, el ejercicio de la función de administrar. Es preciso, por tanto, atender a la idea material de función y no a la formal de status”. En este sentido, “el administrador de hecho es el sujeto que no ostenta formalmente la posición de administrador, pero desempeña las funciones que otorgan las posibilidades de dominio sobre el bien jurídico”. En sentido parecido, aunque mucho más confuso, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 67 y ss. Señalamos que la argumentación invierte incorrectamente el punto de partida, porque no observa que el dominio que se tiene sobre el bien jurídico, el ejercicio de las facultades propias del administrador, se da porque el sujeto ha recibido las mismas y mientras no haya un acto que proscriba su actuación por parte del titular del patrimonio, se entiende vigente el acto de entrega y asunción de los poderes, del que deriva el deber de protección patrimonial, cuya infracción mediante un ejercicio inadecuado de las facultades para administrar el patrimonio ajeno (lo que la autora denomina dominio), es lo produce el perjuicio patrimonial. Como ya ha puesto de manifiesto, MUÑOZ CONDE, F.: «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en *La administración desleal...*, Ob. Cit., pág. 90, “el problema que tiene una consideración puramente fáctica de la figura del administrador de hecho es que se transforma el delito especial en un delito común de dominio, en el que la necesidad de que se infrinja el deber específico que incumbe jurídicamente a una determinada persona se sustituye por el control o dominio efectivo que esa persona ejerce sobre otra, sea física o sea jurídica; pero incluso admitiendo esta concepción del administrador de hecho, es evidente que el mismo debe tener algún tipo de legitimación jurídica para poder llevar a cabo las acciones típicas”. En este sentido, los propios partidarios de la teoría del dominio afirman que el dominio funcional o social debe tener un fundamento jurídico, por ejemplo, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad...*,

que se objetiviza desde fuera: cuando no existe un acto que proscriba aquella, se debe entender que la actuación del sujeto, está aprobada o al menos, está exenta de reprobación¹⁰⁶². Es importante advertir que, siempre será mejor una adecuada determinación de los elementos de la tipicidad, por tanto, en este ámbito una reforma de *lege ferenda*, debería considerar incluir directamente, en concordancia con la interpretación histórico-normativa, una mención al administrador de hecho y de derecho¹⁰⁶³. La supresión del art. 295 CP, no trajo consigo al mismo tiempo la adecuada determinación del autor típico en el art.

Ob. Cit., pág. 186, señala que por “dominio social debe entenderse aquí como la posibilidad de disponer del patrimonio de la empresa a través de ciertas competencias reales que no están sujetas al control directo de terceras personas”; en sentido muy similar, el autor del que parte MAYO CALDERÓN para construir su opinión, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar...*, *Ob. Cit.*, t. I., pág. 383, afirma que, sólo “quienes, en virtud de sus competencias jurídicas, institucionales o sociales, tengan la posibilidad de ejercer las facultades de disposición de dicho patrimonio estarán en situación de realizar el ataque penalmente relevante al bien jurídico...el cual, por ello, queda bajo el dominio social de dichos sujetos”. De este modo, el dominio que sobre el bien jurídico se posee, el ejercicio material de las funciones propias del administrador, se da porque se han previamente cedido y aceptado las facultades para gestionar el patrimonio ajeno, aceptando con ello las consecuencias jurídicas que de ello resulta.

¹⁰⁶² Esto es lo que MORENO CÁNOVES, A., RUÍZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos...*, *Ob. Cit.*, pág. 251 y ss., denominaban administrador de hecho en sentido estricto. Afirmando lo siguiente: el concepto de administrador de hecho exige como requisitos ineludibles la presencia de una mínima apariencia formal de que se es administrador, suficiente para ser tomado como tal por los terceros y sin que cualquiera pueda aparentar ser el administrador, al menos, con un mínimo de diligencia de los terceros con quienes se relaciona. Será preciso que el sujeto en cuestión pueda llevar a cabo con éxito la conducta típica concreta (disponer de los bienes o contraer obligaciones, etc.), afectando al bien jurídico protegido al surtir su actuación efectos jurídico-positivo en el tráfico.

¹⁰⁶³ Se manifiesta en contra de esta posibilidad, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro...», *Ob. Cit.*, pág. 548-549, por considerar que, la mención al administrador de hecho o de derecho, están de manera exclusiva referidas en un sentido jurídico-mercantil. Sin embargo, preciso es señalar que la referencia al administrador de hecho, ha surgido en el ámbito del Derecho privado, pero ha sido plenamente normativizada y requerida su presencia en el ámbito de la ley penal, porque como refiere Martínez-Buján Pérez, lo relevante a los efectos de este delito es que, al autor del mismo, le incumbía un deber de protección patrimonial. Nosotros sostenemos esto, pero argumentando que, a pesar de que se trata de la misma fuente del deber, no se ha realizado una “formal” entrega-recepción de las facultades de administración, por tanto, una mención sobre esta cuestión en el texto legal, reviste de legitimidad a la persecución de los comportamientos de los administradores de hecho, que sin que formalmente les vincule el deber, materialmente si lo han adherido a su concreto ámbito de organización. Por estas razones es preferible su mención. En relación a la discusión que sobre esta materia se suscitaba respecto de la administración desleal específicamente societaria, eran varios los autores que se mostraba a favor de esta postura, por ejemplo: FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *Ob. Cit.*, primera edición, pág. 45; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal», en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Ed. Banco Central Hispano, Madrid, 1996, pág. 147; NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración...*, *Ob. Cit.*, pág. 268-269; RODRÍGUEZ MONTANÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, *Ob. Cit.*, pág. 100 y ss. 103, entre otros muchos.

252 CP. Es decir que, aunque se precisaba dotar de la protección jurídico penal a todo patrimonio sin distinguir entre sus titulares, también se precisaba una mejor determinación de la persona a quien se dirige la prohibición. Sin embargo, la no inclusión de la referencia normativa constante en el suprimido art. 295 CP, no debe llevarnos a la confusión, en el sentido de no aceptar que también son punibles los comportamientos del administrador de hecho. Para el ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito de la ley civil, en el de la legislación societaria, como en el de la ley penal, el comportamiento del administrador de hecho está plenamente normativizado, por lo que existe una equivalencia funcional entre administrador de hecho y de derecho. Esto viene corroborado, además, por las prescripciones constantes en el art. 1888 y ss., del CC, el art. 236.3 TRLSC y, por lo que establece el art. 31 CP¹⁰⁶⁴. Toda esta argumentación es lo que da cabida a los supuestos del administrador de hecho, porque lo importante está en la infracción del deber de custodia patrimonial que debe al titular del patrimonio administrado el administrador, sea este de hecho o de derecho: el ejercicio material de las funciones de administrador como consecuencia de la entrega-recepción de las facultades por parte del titular del patrimonio administrado.

Como se puede observar, nosotros entendemos que la exigencia de que el comportamiento sea materialmente idéntico al que hubiera realizado el administrador de derecho, es reconducible a la existencia de una relación jurídica no positiva, existente, pero que formalmente no se encuentra determinada según las reglas de la normativa extrapenal¹⁰⁶⁵. Por tanto, la equivalencia se da porque en ambos casos, administrador de hecho y de derecho, ostentan facultades de administración del patrimonio ajeno y, por tanto, deben respecto del titular de aquel, un deber de protección patrimonial. Su comportamiento es punible porque se encuentran en posición de garante, una posición que deriva del hecho de haber asumido y aceptado, de hecho o de

¹⁰⁶⁴ RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito..., *Ob. Cit.*, pág. 533.

¹⁰⁶⁵ Aunque la normativa extrapenal otorga una equivalencia normativa a los efectos de establecer la responsabilidad, por ejemplo, el art. 236.3 TRLSC.

derecho, el cargo, función o rol de administrador, con las consecuencias jurídicas que de ello deviene.

3. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO POSIBLES AUTORES DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Sobre el por qué las personas jurídicas no pueden ser autor de este delito, señalaremos que la respuesta está en la no distinción de los grupos de supuestos que en este ámbito existen: a) supuestos en los que el sujeto activo y el sujeto pasivo son idénticos o se confunden; y, b) supuestos en los que el sujeto activo y el sujeto pasivo constituyen ámbitos de organización diferenciados. Esta situación interpretativa tendría como origen la confusión respecto de la naturaleza del tipo, porque al parecer no podría en los casos societarios la propia sociedad, ser sujeto activo del delito¹⁰⁶⁶. Sin embargo, esto es poco plausible, porque no se ha advertido que la realidad jurídica denominada delito, parte de la necesaria distinción material entre un sujeto activo, que comete la infracción, y un sujeto pasivo, titular del bien jurídico que protege la norma penal vulnerada. En relación al primer grupo de supuestos, se debe advertir que la persona jurídica titular del patrimonio, en los casos de administración desleal societaria no puede ser al mismo tiempo sujeto activo y sujeto pasivo del acto delictivo, pero eso no responde a un problema jurídico en sí, sino a un problema fenomenológico-jurídico: no puede ser al mismo tiempo la misma persona el sujeto pasivo y el autor del delito, porque de lo contrario no nos encontramos ante un delito, sino ante supuestos de auto aflicción de daños o auto puestas en peligro no punibles respecto de terceros, porque coinciden (se confunden) el titular del bien jurídico y el autor del ataque. A nivel de la administración desleal, en estos casos es lógico no hablar de supuestos típicos, porque mediaría consentimiento o en su caso, el administrador sería un mero ejecutor de las directrices y órdenes de la persona titular del patrimonio administrado. En cuanto al segundo grupo nada se opone

¹⁰⁶⁶ Al parecer, entendían esto, SEQUEROS SAZATORNIL, F., DOLZ LAGO, M.: *Delitos societarios y conducta afines...*, Ob. Cit., tercera edición, pág. 789 y ss.

a que el administrador sea una persona jurídica, y es este sentido, es perfectamente posible que una persona jurídica, administrador de patrimonios ajenos, sea susceptible de comportarse típicamente en relación al art. 252 CP¹⁰⁶⁷. En estos casos, el titular del patrimonio (persona física o jurídica) constituye un ámbito de organización completamente diferenciado del administrador persona jurídica. El TRLSC establece directamente esta posibilidad, en el art. 212 se establece como posible que una persona jurídica realice la función de administrador. El art. 212.1 de la misma ley, señala que, en estos casos, será necesario que la persona jurídica designe a una persona física para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. Aunque no se contempla en el CP, de *lege ferenda*, debería incluirse la punibilidad de este delito cuando es cometido por personas jurídicas¹⁰⁶⁸.

4. LA TENTATIVA

En relación a la posibilidad de apreciar la tentativa¹⁰⁶⁹ en el art. 252 CP, como ya hemos dicho, el delito de administración desleal es un delito de resultado¹⁰⁷⁰, por lo que la consumación del delito tendrá lugar en el momento

¹⁰⁶⁷ Llegaba a esta conclusión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal...*, Ob. Cit., pág. 120, antes de la reforma en materia de la RPPJ y en lo que respecta a la nueva administración desleal. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Problemas dogmáticos de la administración desleal: en especial autoría y omisión», en *www.fiscal.es*, pág. 14. Trabajo posteriormente publicado como: «Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión», en *Nuevo foro penal*, núm. 83, 2014, pág. 15-38. Lo ponen de relieve respecto de la nueva redacción, PRECIADO DOMÉNECH, C.: «XXIX. La apropiación indebida...», Ob. Cit., pág. 522; RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito de administración desleal...», Ob. Cit., pág. 533.

¹⁰⁶⁸ Lo pone de manifiesto, RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito...», Ob. Cit., pág. 533, sin argumentar acerca de la crítica y de las razones de su punibilidad.

¹⁰⁶⁹ La doctrina mayoritaria sostiene que en cuanto el autor del delito traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa, revisar, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 353.

¹⁰⁷⁰ En sentido contrario, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., PE, séptima edición, pág. 555. Quien afirma lo siguiente: “Téngase presente que el resultado consiste en la apropiación definitiva de los activos, ya sea incorporándolos al propio peculio o bien haciendo que otro se haga con los activos. Por lo tanto, se presenta más que como un delito de resultado como uno de mera actividad, porque, recuérdese, lo decisivo en la administración desleal no significa necesariamente convertirse ilícitamente en dueño de los activos, sino a actuar ilícitamente sobre los mismos, disponiendo de los mismos como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses

en que se produzca un perjuicio al patrimonio ajeno administrado como consecuencia de la infracción del deber de protección patrimonial debido por parte del administrador respecto del titular del patrimonio administrado. En este sentido, la tentativa constituye una posibilidad cierta que permitirá la punición y castigo de determinados comportamientos que no lleguen a causar ese resultado¹⁰⁷¹. En suma, la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución no ofrece dudas en el ámbito de la administración desleal¹⁰⁷². Esto no quiere decir que la punibilidad de la tentativa equivalga a la mera causación de un simple peligro al patrimonio ajeno administrado¹⁰⁷³, en este sentido, de aceptarse esta opción, sería justo afirmar que se difuminan notablemente los límites normativos que existen entre la normativa penal y los ilícitos civiles e infracciones de simples normas de conducta¹⁰⁷⁴. Para construir la tentativa en la administración desleal es preciso algo más que la simple creación de un peligro, se requiere que ese peligro que soporta el bien jurídico (patrimonio) sea consecuencia de un comportamiento grave de administración desleal. El injusto de la administración desleal tiene relación con la grave infracción del deber de protección patrimonial derivado del concreto y correlativo deber de lealtad del administrador. La tentativa en este tipo penal supone siempre la infracción del deber que le incumbe al administrador, pero que por causa ajena a su voluntad no ocasiona el perjuicio. Se debe comprobar que los elementos

de quienes lo entregaron". Un relato que describe muy bien en lo que consiste la administración desleal, pero que se olvida que, como consecuencia de este acto o comportamiento, se produce un resultado de perjuicio patrimonial. Existe un antes y un después. La acción va seguida de un resultado separable espacio-temporalmente. Revisar, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 321.

¹⁰⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 95. En relación al suprimido art. 295 CP, la doctrina se manifestó en el mismo sentido, por ejemplo, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 420, con ulteriores citas de la doctrina. En contra de esta posibilidad respecto del referido tipo penal, GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «El delito de administración desleal...», Ob. Cit., pág. 3, para quien, la inconveniencia político-criminal de apreciar la tentativa estaría en que se difuminarían notablemente los límites del ámbito penal respecto de los ilícitos mercantiles de peligro.

¹⁰⁷² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 91.

¹⁰⁷³ Utilizando la expresión "simple peligro al patrimonio ajeno", MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito de administración desleal...*, Ob. Cit., 2016, pág. 95.

¹⁰⁷⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «El delito de administración desleal...», Ob. Cit., pág. 4.

del tipo de tentativa están presentes¹⁰⁷⁵: a) la ejecución parcial o total no seguida de consumación de hechos exteriores que deberían producir el resultado de lesión o de perjuicio patrimonial exigido por el art. 252 CP; b) la infracción del deber del administrador (decisión de consumir el delito); y, c) el dolo típico. En este sentido, el delito no se consuma no porque el autor no conozca o no quiera que se produzca el resultado, sino porque han mediado determinados eventos que no pertenecen al ámbito de organización del autor, del administrador. Esto es lo que sucede respecto de los actos preparatorios realizados por el destinatario de la prohibición en la administración desleal, y que constituye la razón por la que el legislador ha dejado fuera del art. 269 CP, la referencia al delito del art. 252 CP. Porque los actos preparatorios realizados por el portador del deber de protección patrimonial constituyen supuestos del tipo de tentativa punibles por el art. 252 CP.

En lo que respecta a los actos preparatorios o comportamientos anteriores al comienzo de la propia ejecución del hecho delictivo¹⁰⁷⁶, se ha sostenido que como el art. 269 CP, que forma parte de las disposiciones comunes aplicables a los delitos del Título XIII comprendidos entre los Capítulos I y IX, no menciona expresamente al delito de administración desleal como uno de aquellos en los que sea posible el castigo por los actos de provocación, conspiración y proposición para delinquir, deberíamos entender que los actos preparatorios son impunes en relación al delito del art. 252 CP¹⁰⁷⁷. Una situación que, de aceptarse, debería ser criticada y rechazada, porque no existe justificación político-criminal alguna, para no castigar los actos preparatorios de un delito como la administración desleal, cuya repercusión y gravedad es en algunos supuestos mucho mayor que los otros delitos en los que sí se prevé la posibilidad de castigo de los actos preparatorios, v. gr., estafa, apropiación indebida, robo. Sin dejar de mencionar que el marco punitivo es el mismo en relación a los dos primeros (estafa y apropiación indebida), y el

¹⁰⁷⁵ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 353.

¹⁰⁷⁶ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 347.

¹⁰⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito de administración desleal...*, Ob. Cit., 2016, pág. 96.

propio precepto realiza una remisión normativa al delito de estafa, a los efectos del establecimiento de la pena¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁸ Sin embargo, lo que no se ha observado es que, en relación a la administración desleal, los actos preparatorios constituyen en sí supuestos de infracción del deber de custodia patrimonial, cuando quien los realiza es el destinatario de la prohibición. Por lo que no nos encontramos realmente ante actos preparatorios sino en exclusiva ante un comportamiento que constituye el núcleo de la tipicidad en la administración desleal, pero que no produce el resultado de perjuicio patrimonial. Revisemos la cuestión con ejemplos, porque esta explicación tiene repercusiones importantes y de relevancia jurídica respecto de supuestos en los que se requiere la intervención de terceros. Por ejemplo, en el ámbito de una decisión colegiada, un miembro del consejo, con naturalidad requerirá conspirar, proponer o provocar a un tercero del mismo nivel jerárquico para que le ayude a realizar el acto delictivo, y sin embargo, en estos supuestos, no se puede hablar de que nos encontramos ante un acto preparatorio, porque como la administración desleal es un delito de infracción de deber, aunque el hecho principal no haya empezado todavía, el administrador ya ha infringido su especial deber de custodia patrimonial. Por tanto, nos encontramos ante una infracción del deber, punible por el tipo de tentativa de conformidad al art. 252 CP (bajo estas premisas hay que interpretar también el delito de malversación, porque, como señala la doctrina, por ejemplo, ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 316, “si en la nueva regulación de la malversación ha habido una importante patrimonialización de su naturaleza, no se entiende que los actos preparatorios sean punibles en la estafa y la apropiación indebida... y no lo sean en la malversación”. Sin embargo, tal y como hemos señalado, la infracción del deber mediante un acto preparatorio, es punible mediante la tentativa, esto se aplica también para la administración desleal de fondos públicos). Como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 192-193, este adelantamiento de las barreras defensivas del Derecho penal no significa un afán autoritario ni represivo, sino que se encuentra perfectamente justificado porque la infracción del deber es completa. También en los comportamientos de terceros situados en diferente nivel jerárquico se podrá observar la equivalencia material entre actos preparatorios para propiciar el delito y la infracción típica del deber de protección patrimonial, como cuando el administrador propone al subordinado encargado de calificar las ofertas que se presentan para una contratación, para que realice su trabajo de tal modo que se beneficie a un tercero y con ello sea posible perjudicar el patrimonio ajeno administrado. En este caso, es indudable que la sola proposición de la realización del referido acto, constituye en sí la infracción del deber de protección patrimonial que el administrador debe respecto del titular del patrimonio administrado. Por tanto, la no mención o la no referencia al delito de administración desleal en el art. 269 CP, sólo repercute respecto de personas que ejecuten los actos preparatorios y que no sean destinatarios de la prohibición. Es decir, respecto de terceros a los que no les incumbe el deber de protección del patrimonio ajeno administrado. En este sentido, contrariamente a lo que sostiene la doctrina, consideramos que ha sido un acierto la exclusión de la administración desleal en el ámbito de los actos preparatorios, porque el acto preparatorio de un tercero ajeno al deber, no constituye en ninguno de los casos un problema para la estabilidad del bien jurídico. El acto preparatorio de un tercero ajeno al deber sin la aportación infractora del portador del deber queda en la imposibilidad de causar daño alguno al bien jurídico. Por lo que no pueden ser punibles por el art. 252 CP los actos preparatorios de terceros ajenos al deber, la solución contraria sería discutible. Sin que esto signifique que el acto del tercero ajeno al deber no pueda ser punible por otro tipo delictivo, por ejemplo, por el art. 286 bis CP, número 2, de comprobarse que están presentes todos los elementos del delito de corrupción privada. En general, esta es la posibilidad que queda para solucionar el problema, porque la conspiración, provocación y proposición para delinquir realizada por un tercero ajeno y en el ámbito de la administración de patrimonios ajenos, constituye un supuesto paradigmático del soborno privado. El tercero quiere que el portador del deber, el administrador, lo infrinja, y a cambio ofrece algo que resulte atractivo para

5. VARIOS PROBLEMAS DE AUTORÍA: COAUTORÍA, AUTORÍA MEDIATA E INTERVENCIÓN DE TERCEROS AJENOS AL DEBER

Lo primero que debemos dejar asentado en este apartado, cuestión ya referida oportunamente con anterioridad, es que quien tenía el deber, es decir, el administrador, y lo infringe provocando de este modo el resultado prohibido de lesión al patrimonio administrado, responde en calidad de autor, ya sea que infrinja el deber mediante una ejecución propia (acción u omisión), o lo haga mediante una complicidad e incluso induciendo. Porque en cualquiera de las formas descritas en que participe el administrador en el hecho que produce el perjuicio patrimonial, se infringe el deber de custodia patrimonial al que se encontraba obligado. En este sentido, el incumplimiento del deber de protección patrimonial se puede configurar tanto por una omisión (que explica el comportamiento del tercero ya sea que se encuentre ubicado en el mismo nivel jerárquico o, sea que se trate de un subordinado), como por una acción directa (ejecutar el hecho que produce el resultado de perjuicio patrimonial) o indirecta (inducir o cooperar para que un tercero ejecute el hecho). Esto quiere decir que, se equiparan todas las formas de intervención, porque en todos los casos lo que produce el resultado prohibido es la infracción del deber de custodia patrimonial. El administrador sea cual sea su contribución al hecho, es siempre autor¹⁰⁷⁹. Independientemente de la importancia de su contribución o de su dominio del hecho (sin que se precise necesidad de dominio alguno¹⁰⁸⁰),

que acceda a pactar el ilícito y delictivo negocio. El tercero que se comporte así, deberá responder como autor del delito de corrupción privada del referido art. 286 *bis* CP, número 2. De todas maneras, puede que en el hecho concreto concurren otro tipo de circunstancias que permitan observar la existencia de otros tipos penales, por ejemplo, esto se podría dar en relación al sentido típico de los delitos de amenazas y coacciones, de los arts. 169 y 172 del CP, respectivamente.

¹⁰⁷⁹ En sentido contrario, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 291.

¹⁰⁸⁰ De otra perspectiva, RUEDA MARTÍN, M.: *Delitos especiales de dominio*, Ed. Comares, Granada, 2010, pág. 69 y ss., el dominio del hecho como concepto que sirve para determinar el concepto de autor en los delitos de dominio (comunes), puede concebirse como un concepto que determina también el concepto de autor en los delitos de infracción de deber (especiales). A partir de ahí, obviamente, el tratamiento de los comportamientos de un *extraneus* en un delito especial, difiere notablemente de si se parte de la estructura de los delitos de infracción de deber, en la que no se precisa el dominio del hecho para configurar ni el fundamento de la punición ni el de la autoría.

el suceso incumbe al obligado especialmente a causa de la lesión de su deber. El quebranto de los deberes que le impone la institución positiva le convierte siempre en el centro del daño al bien jurídico¹⁰⁸¹. Aquí la cuestión radica en observar que no nos encontramos ni ante acciones de inducción, ni de cooperación necesaria, ni de complicidad, sino ante auténticos comportamientos de autoría y, por tanto, así deben ser tratados¹⁰⁸².

Dicho lo anterior, queda todavía la necesidad de dar respuesta a varias cuestiones relacionadas con la autoría en el delito de administración desleal. Una primera referida a la cuestión de si puede dogmáticamente ser apreciada la coautoría (entre dos o más administradores u obligados especiales a la protección del patrimonio ajeno administrado). La segunda acerca de si es viable dogmáticamente la autoría mediata. La tercera en relación a la intervención de terceros ajenos al deber.

5.1. LA COAUTORÍA Y SU DIFERENCIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE AUTORÍA MÚLTIPLE

El delito de administración desleal es un delito de infracción de deber, la lesión del deber en este tipo de delitos no sólo es el fundamento de la punición sino, además, constituye un elemento adherido al propio ámbito de organización, el deber y su cumplimiento o infracción es una cuestión de carácter extremadamente personal. En este sentido, si un administrador infringe su deber provocando la lesión al patrimonio, y esta acción coincide temporal y objetivamente con otra acción que produce el mismo resultado, nos encontramos ante una coincidencia fenomenológica y normativa (no penal) en algunos casos, pero que respecto de la norma penal no lleva aparejada ninguna consecuencia. Ambos sujetos, son figuras centrales de dos sucesos diferentes, porque cada administrador, obligado especial, infringe su propio deber, cada sujeto es autor de su propio hecho configurador del resultado prohibido. En

¹⁰⁸¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 183-184.

¹⁰⁸² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 195.

estos casos, nos encontramos ante una autoría confluyente o accesoria y no ante una coautoría¹⁰⁸³. La coautoría por definición exige la comisión del delito entre todos los intervinientes¹⁰⁸⁴. En el caso de los delitos de infracción de deber, como en la administración desleal, cada sujeto obligado especial configura con la infracción de su especial y personal deber, la tipicidad y en este sentido, la lesión del deber se produce por parte de cada uno de los administradores intervinientes y de forma completa e independiente. Por lo que se puede afirmar que cada uno de ellos será autor de su hecho, autores coincidentes, autores paralelos, pero no coautores. Preferimos hablar de supuestos de autoría múltiple, porque permite un entendimiento más adecuado de lo que fáctica y normativamente sucede respecto de la responsabilidad penal, porque cada autor es dueño de su propio hecho, de su propia infracción del deber especial y personal, y de este modo, concurren ante un mismo hecho, múltiples autores. Recordemos el ejemplo que hemos utilizado en los previos apartados: si el órgano colegiado, el consejo de administración, toma una decisión que produce un perjuicio patrimonial, no nos encontramos ante un supuesto de coautoría sino ante un supuesto de autoría múltiple, en el que cada partícipe es autor de la infracción de su deber, sin que se requiera que haya existido una decisión y una ejecución conjunta¹⁰⁸⁵. Este no es un caso de coautoría, sino de autoría múltiple, porque cada partícipe es autor de la infracción de su deber, sin que se requiera que haya existido una decisión y una ejecución conjunta, como en los supuestos de la coautoría de los delitos de dominio¹⁰⁸⁶. Por tal razón, son punibles los casos del voto irrelevante, porque el sujeto ha infringido su deber de protección patrimonial que le impele a realizar todo lo que esté a su alcance para procurar evitar el perjuicio al patrimonio ajeno administrado¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 201-202.

¹⁰⁸⁴ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 400.

¹⁰⁸⁵ En un sentido parecido, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 500.

¹⁰⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa...*, Ob. Cit., pág. 234. En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 204.

¹⁰⁸⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa...*, Ob. Cit., pág. 237; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 205.

5.2. LA IMPOSIBILIDAD DOGMÁTICA DE CONSTRUIR UNA AUTORÍA MEDIATA EN LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

La doctrina acepta que es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento para la comisión del delito¹⁰⁸⁸. Por su parte, el autor típico (en los delitos de dominio) será aquel que realiza o ejecuta materialmente la acción productora del resultado prohibido¹⁰⁸⁹ y el inductor es aquel que, mediante un influjo psíquico en otro, genera en aquel, la resolución y realización de un tipo de autoría (doloso o culposo)¹⁰⁹⁰. A partir de estas definiciones se puede afirmar que, en la autoría mediata ocurre todo lo contrario a lo que sucede en la inducción, porque el centro de la imputación no está en el que realiza materialmente el comportamiento típico, sino en la persona de atrás, que es quien utiliza al ejecutor, y quien debe responder. Precisamente, el fundamento material de la autoría mediata es lo que impide aceptar que la administración desleal se pueda configurar mediante una autoría de este tipo, porque al tratarse de un delito de infracción de deber, debe recordarse que lo fundamental no es el dominio del hecho, sino la infracción del especial y personal deber de protección (patrimonial) que el administrador tiene respecto del patrimonio administrado¹⁰⁹¹. El tipo se configura mediante la

¹⁰⁸⁸ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 388.

¹⁰⁸⁹ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 380-383.

¹⁰⁹⁰ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 413.

¹⁰⁹¹ A nota de pie de página número 402, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, Ob. Cit., pág. 109, señala que, si podía configurarse la autoría mediata respecto del art. 295 CP, una situación que sería igualmente imposible respecto de este tipo penal, por las razones expuestas. Este autor señala que, en relación a los casos de actuación de terceros no vinculados directamente por el deber (actuación de un síndico), se trataría de supuestos de autoría mediata, siempre que se cumplan con los requisitos de la institución. El problema es que el principal requisito de la autoría mediata es el dominio de hecho, que para los delitos de infracción de deber es irrelevante e indiferente, por lo que no podría configurarse dogmáticamente este tipo de autoría. Estas consideraciones le llevan a aplicar de manera inadecuada la solución en los casos de gestión. En la pág. 291, señala que, “en los actos de gestión se puede argumentar la posible calificación de autoría mediata de quien adoptó la decisión, siempre que se trate de un sujeto cualificado y se aproveche del error en el que puede incurrir el ejecutor material del acto representativo y perjudicial. Sin embargo, en mi opinión, la solución de la autoría mediata de quien adopta (gestión) la decisión sin ejecutarla, resultará muy difícil, si no imposible, de aplicar. Ello se debe a que cuando el sujeto que realiza actos de gestión se aprovecha del error en el que puede incurrir el instrumento ejecutor, estaremos en presencia de un delito de estafa, puesto que el acto de gestión realizado constituye el engaño que provoca en el ejecutor el error determinante de la disposición en perjuicio de la sociedad”. Si no se descubre adecuadamente la naturaleza y el fundamento de este delito, de la administración desleal, se llega a estos

infracción grave del deber de protección patrimonial, da lo mismo que lo haga por acción o por omisión, o que lo haga personalmente o a través de una tercera persona. En este último caso, también es indiferente que la tercera persona sea imputable o no, o que sea un *intraneus* (otro administrador en el caso de un consejo) o un *extraneus* (una persona ajena o desvinculada del deber de protección patrimonial). Porque el hecho que configura el resultado prohibido se explica porque el administrador ha incumplido su deber. Precisamente, porque el deber positivo le obliga a la protección y fomento del patrimonio ajeno administrado, sin que importe de dónde vengan los peligros ni de qué forma el mismo pueda ser dañado¹⁰⁹². En todos los supuestos de administración desleal, la autoría es inmediata, porque la punibilidad se fundamenta en la infracción del deber y no en la actuación con dominio del hecho mediante un instrumento personal.

5.3. LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO AJENO AL DEBER Y EL QUANTUM DE LA PENA

Nuevamente, señalaremos que lo que caracteriza la participación es la intervención en un hecho ajeno¹⁰⁹³, por lo que *prima facie*, el partícipe actúa sin dominio del hecho en relación a los delitos de dominio y sin vinculación especial respecto del deber positivo de protección en atención a los delitos de infracción de deber. Esto es así porque el partícipe no realiza el tipo principal (tipo de autoría), sino un tipo dependiente y que se extrae¹⁰⁹⁴ de las reglas de

resultados, en general injustos y dogmáticamente poco plausibles. El administrador que infringe su deber (adopción de una decisión de disposición) y como consecuencia un tercero ejecuta la tarea ocasionado un perjuicio al patrimonio administrado, es siempre autor, porque el resultado se ha producido como consecuencia de la infracción de su especial y personal deber de protección patrimonial que tiene respecto del titular del patrimonio administrado. No es necesario recurrir a artificios dogmáticos o a otros tipos penales para castigar ese comportamiento.

¹⁰⁹² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 201-202.

¹⁰⁹³ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, Ob. Cit., pág. 406-407.

¹⁰⁹⁴ El tipo penal en concreto es ampliado por las reglas de la PG.

la Parte General establecidas en el CP¹⁰⁹⁵. Esta es la premisa básica de la que debemos partir para dar una respuesta respecto de la participación en el delito de administración desleal¹⁰⁹⁶. En este sentido, se debe afirmar categóricamente que cualquier tercero puede, en principio, realizar una contribución delictiva al hecho o comportamiento típico cometido por un obligado positivamente o en su caso, inducirle al mismo¹⁰⁹⁷.

En este sentido, de toda la argumentación que hasta el momento hemos desarrollado, se desprende que sólo los terceros no vinculados al deber de protección patrimonial (*extraneus* o sujetos no especialmente obligados), podrán participar en la actividad delictiva de la que el administrador es su autor. Porque, todos los demás supuestos en los que el administrador autor sea ayudado mediante una complicidad o una cooperación necesaria, o en su caso, sea inducido, por parte de otro administrador u obligado especial (respecto de la protección del patrimonio ajeno), constituyen supuestos de autoría, porque su contribución al hecho se realiza mediante la infracción del deber de protección patrimonial debido. En este ámbito están los casos en los que el sujeto activo del delito, el administrador, utiliza como instrumento para la comisión del delito, a un *extraneus* que actúa con dolo¹⁰⁹⁸. Se trata de un tercero que participa en el hecho delictivo. Para todos estos supuestos, el administrador

¹⁰⁹⁵ Acerca de la discusión doctrinal sobre si imputar o no al *extraneus* y como autor o partícipe, y las distintas posibilidades, revisar el trabajo de GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 33 y ss., sobre la toma de postura, pág. 57 y ss., sobre las distintas posibilidades y formulaciones, pág. 69-70.

¹⁰⁹⁶ Sobre esta cuestión, ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 219 y ss., quien acertadamente señala que, “no sería correcto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. La especialidad de tales expectativas reside en que no pueden ser defraudadas sin la concurrencia de un especialmente obligado por una institución positiva, pero nada más. El comportamiento de un *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, sino que también a él se ha de imputar el suceso, aun cuando se tenga en cuenta con efecto parcialmente exonerante el hecho de que el *extraneus* careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva. Sólo a través de la persona del especialmente cualificado con un deber positivo se convierte en relevante el aporte que el no cualificado realiza, pero, en todo caso, esto es suficiente.”

¹⁰⁹⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 228. Así lo afirma respecto de la administración desleal, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos...*, Ob. Cit., pág. 91.

¹⁰⁹⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 209 y ss.

que infringe su deber de protección patrimonial, es siempre autor (inmediato) y el tercero que realiza el comportamiento delictivo o ejecuta la acción, coopera en el hecho de manera necesaria o no. Lo mismo habría que argumentar en relación a la inducción, porque nada impide su posibilidad y su punibilidad.

Como se ha visto, los problemas de la participación ya sea como cooperación o como inducción en el delito de administración desleal, como en general respecto de los delitos de infracción de deber, no son un problema normativo en el sentido de que sea posible su admisión respecto de lo que establece el CP. Tampoco son un problema dogmático, porque como hemos visto, existen supuestos en los que terceros no vinculados positivamente con el deber de protección patrimonial, o en la terminología más tradicional al uso *extraneus*, participan o contribuyen al hecho delictivo, a la realización del hecho delictivo. La cuestión problemática propiamente se podría ubicar alrededor del establecimiento del *quantum* de la pena a imponer, de la determinación del castigo que le corresponde a cada interviniente.

Esta cuestión iría de la mano de la polémica que existe en general respecto de la imposición de la pena para los delitos especiales propios e impropios. No nos introduciremos en la polémica porque excede el marco de la investigación y del apartado, además, porque como hemos afirmado *supra*, el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber propio y en este sentido, lo que debemos determinar es cómo se debe establecer la pena para este tipo de delitos. El punto de partida básico estaría en aplicar lo dispuesto por las reglas generales que el CP establece al efecto en relación a la valoración del aporte o contribución que el tercero realiza para que se produzca el resultado prohibido, el perjuicio patrimonial. Indiferentemente, consideramos que la solución correcta está en la postura que parte de la unidad del título de imputación¹⁰⁹⁹ y, en consecuencia, en la aminoración de la pena para el partícipe *extraneus*. Una solución que repercute y deber ser observada tanto para los delitos de infracción de deber propios como para los

¹⁰⁹⁹ Sobre la cuestión y en sentido distinto, PEÑARANDA RAMOS, E.: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Ed- Civitas, Madrid, 1991, pág. 188 y ss.

impropios¹¹⁰⁰, porque en ambos casos el fundamento de la punibilidad está en la infracción del deber¹¹⁰¹. En este sentido, quien induce al administrador para cometer un delito de administración desleal, o le facilita su ayuda, no participa en una mera apropiación indebida, sino en la lesión de los deberes positivos que se encuentran asegurados y protegidos por la relación jurídica entre el administrador y el titular del patrimonio administrado, una situación que debe ser resaltada y resuelta no sólo en atención a la punibilidad del autor, sino, además, en relación a la del partícipe.

¹¹⁰⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, Ob. Cit., pág. 238 y ss.

¹¹⁰¹ Una solución a estas cuestiones, también, en el trabajo de GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delito especial con autor inidóneo...*, Ob. Cit., 181 y ss. En la pág. 212, se explica resumidamente la posición, señalando que, de la ley no se infiere la impunidad del autor (o partícipe) inidóneo en los delitos especiales.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En el estudio de los delitos económicos, no puede olvidarse la aportación de la Criminología, pionera en su análisis y a pesar del diferente enfoque y contenido de las Ciencias jurídicas, en concreto el Derecho penal y las Ciencias criminológicas. Con todo no puede obviarse que los estudios criminológicos pusieron de manifiesto la existencia de este tipo de delitos, así como que la delincuencia o la comisión de delitos no estaba exclusivamente asociada a una determinada clase social.

Aunque el delito de administración desleal, tras la por ahora última reforma del Código penal, no está vinculado solo al ámbito societario, no por eso en determinados casos deja de tener relación con los delitos económicos; a pesar de ser típica la administración desleal de patrimonios individuales o sociales, consideramos que en la práctica adquirirá más importancia y será más frecuente la comisión en relación con la administración de patrimonios societarios. Por ello se ha mantenido un examen y análisis dentro de este estudio, de los delitos socioeconómicos y los problemas que se plantean en torno a su regulación por el ordenamiento penal.

SEGUNDA. La justificación del empleo del Derecho penal en la protección de patrimonios ajenos, se encuentra por un lado en la nueva configuración de la sociedad, así como en una también nueva valoración de un interés pre-existente, como es el patrimonio, lo que condiciona una nueva forma de protección del mismo.

Se puede afirmar, que el legislador penal, con el objeto de proteger los intereses patrimoniales individuales y sociales frente a los riesgos que han surgido de la moderna configuración de la sociedad, ha recurrido a la tipificación del art. 252 CP. Riesgos que, muchos derivan del moderno andamiaje jurídico en el ámbito mercantil-societario. Por lo que la

administración desleal, también responde a las nuevas exigencias de protección del capital que se derivan del amplio margen de maniobra respecto del patrimonio social, que ostentan los administradores en ese ámbito. Se puede concluir que la protección del patrimonio social, está condicionado por las nuevas estructuras normativas del ordenamiento societario y por las nuevas estructuras administrativas de la organización: división del trabajo, especialización, complementariedad y jerarquía.

TERCERA. La regulación del delito de administración desleal, de la apropiación indebida o de la estafa, como tipos patrimoniales tradicionales; así como la regulación de los delitos societarios, como tipos penales nuevos constituyen expresión objetiva de los delitos económicos, porque protegen de manera mediata aspectos concretos del orden económico. Todos los tipos penales económicos tienen funcionalmente la misión de garantizar un aspecto concreto del total orden económico. Y aunque es cierto que lo que distingue los tradicionales delitos patrimoniales y los delitos contra la propiedad de los delitos contra el orden socioeconómico, es la protección de un bien jurídico supraindividual ya sea de manera mediata o de manera inmediata; esto no significa que en los tradicionales delitos patrimoniales (estafa, apropiación indebida, administración desleal, hurto, robo, etc.) no se proteja de manera mediata el orden económico, porque la protección del patrimonio y de la propiedad es consustancial a la economía de mercado, lo que sucede es que estos comportamientos se realizan sin atacar directamente una de las parcelas normativas del orden económico, mientras que en los segundos, se ataca de manera indirecta o mediata una parte normativa desarrollada de este orden económico, a más del interés individual, y este ataque, es que el propició (*ratio legis*) el surgimiento del delito.

Por ello, aunque los delitos de apropiación indebida y estafa no puedan calificarse en sentido dogmático, como delitos socioeconómicos, no puede obviarse que la protección del patrimonio se enmarca en un determinado sistema u orden socioeconómico.

CUARTA. El delito de administración desleal, es un tipo penal que protege todo tipo de patrimonios y en este sentido, se trata de un delito económico porque los comportamientos desleales atacan a la garantía de la libertad económica de toda persona, Y cuando se trata de comportamientos desleales del órgano de administración, se ataca, además, de manera preponderante, un aspecto desarrollado de este orden económico: el ordenamiento societario, alterando el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles . Por eso no se puede perder de vista que el delito de administración desleal aun siendo un delito patrimonial en sentido clásico, es capaz de lesionar el orden socioeconómico, si entendemos, como parece correcto, que el funcionamiento de las sociedades es un aspecto básico del mismo.

QUINTA. Por lo expuesto en la previa conclusión, hemos dedicado un apartado a la legitimación del empleo del Derecho penal en el ámbito económico. En este sentido, se trata de una discusión que atañe también al estudio del delito de administración desleal. Primero habrá que advertir que, para nosotros, la ley penal obtiene su racionalización y justificación porque protege bienes jurídicos. Es preciso reconocer que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos se encuentra en los principios de la Constitución, los delitos únicamente pueden crearse para amparar bienes jurídicos compatibles con ese ordenamiento. La administración desleal, se convierte en un medio eficaz para lograr garantizar que, mediante la protección del patrimonio en este ámbito, se prohíban hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. El programa normativo en este ámbito está referido a garantizar, sobre todo, la libertad económica, fuente inspiradora del orden económico establecido en el art. 38 CE. En este sentido, es legítima la protección mediata del bien jurídico colectivo orden económico, porque sin esa protección no se puede garantizar en su conjunto un adecuado ejercicio de los restantes derechos de libertad. La selección del bien jurídico patrimonio como medio para la protección del orden económico en su conjunto es correcta.

SEXTA. En cuanto a la técnica legislativa, se debe procurar la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada; se deben superar los niveles de racionalización formal y lingüística; y, la racionalización debe guardar relación con la dogmática jurídico-penal. El incumplimiento de este último criterio es una crítica que se puede formular al tipo penal del art. 252 CP: la técnica legislativa utilizada para realizar la tipificación, destaca por la indeterminación del tipo, el no establecimiento en concreto y con precisión, de cuáles son los comportamientos típicos y cuál es el sujeto activo del delito. De *lege ferenda*, deberían concretarse estos elementos, para que se logre una interpretación adecuada desde el principio de legalidad y taxatividad. Nosotros hemos optado por acudir a una interpretación histórico-normativa del tipo y del ordenamiento de referencia, a partir de las tesis formuladas para interpretar el derogado art. 295 CP.

SÉPTIMA. En la sociedad del riesgo, el discurso sobre estos nuevos daños con ocasión de la no contención de los nuevos riesgos, es predicable respecto de la actuación empresarial. Por tanto, es un discurso trasladable al entorno societario, porque la sociedad de personas depende actualmente en gran medida de lo que sucede en este ámbito. Se trata de un sector del ordenamiento y de la realidad social en la que los ataques se observan no sólo físicamente en la naturaleza, sino a nivel comunicativo en la sociedad, porque en definitiva de lo que se trataría es de observar que se contrarían las normas en la que se fundamenta aquella

En relación con el delito de administración desleal, aunque haya existido en el anterior art. 252 CP, la modalidad de distracción de dinero, junto con la de apropiación de bienes muebles, hasta la última reforma del Código penal, no se había regulado con carácter genérico de forma autónoma la administración desleal de patrimonios ajenos. Solo en el texto de 1995 se contemplaba esa administración desleal dentro del ámbito societario. La falta de esa regulación genérica se ha venido supliendo por jurisprudencia y doctrina mayoritaria en las últimas décadas, mediante la modalidad de distracción de dinero, dentro del anterior art. 252. Tipo penal existente en otros

ordenamientos, por lo que puede decirse que el nuevo art. 252 CP es un delito antiguo que viene a resolver problemas nuevos.

Cierto es que en el ordenamiento jurídico español no ha existido una figura similar, porque no se había tipificado jamás la administración desleal de patrimonios ajenos de manera autónoma, sino sólo una administración desleal específicamente societaria cuya tradición se remontaría, si se cuentan los proyectos legales que la incluían, a no más de tres décadas. Sin embargo, siempre ha existido una modalidad de distracción de dinero junto a la de apropiación en el tipo penal de la apropiación indebida. Aunque, la interpretación de esta modalidad se remonte a escasos 20 años. Además, se corrobora la existencia de esta figura delictiva con una larga tradición histórica en los ordenamientos de otros Estados, como el alemán.

OCTAVA. El tipo penal de la administración desleal se puede aplicar al ámbito societario, una observación que nadie cuestiona. Lo importante está en observar que esta opción legislativa responde al hecho de que la actual configuración de la sociedad tiene como centro el mercado, y este a su vez a la empresa o sociedad mercantil. Hoy casi todas las relaciones económicas se realizan a través de sociedades mercantiles, porque incluso, en las transacciones operadas por los consumidores como agente económico distinto de las sociedades mercantiles, se puede observar que el grueso de sus transacciones, las realizan con aquellas. Dentro de las formas legales de las sociedades mercantiles, las que mayor relevancia posee, son las sociedades de capital, la razón es la misma, su peso en las transacciones y su aportación al PIB de una economía es incuestionable. Pero en este discurso ¿dónde aparece la administración desleal? Es sencillo, la estructura societaria depende de una conexión entre variables, que es necesariamente divergente: el titular del patrimonio y quien lo administra, serán siempre ámbitos de organización diferenciados. Esta es la condición que vuelve relevante este concreto grupo de supuestos de administración desleal. La gran cantidad de posibles situaciones en las que el órgano de administración puede incurrir en el tipo penal de administración desleal. Este condicionamiento fáctico-normativo ha permitido vislumbrar (y de este modo ha condicionado la aparición de los límites

normativos), que en las relaciones entre estos concretos y diferenciados ámbitos de organización: titular del patrimonio administrado y administrador, es necesario establecer límites normativos que aseguren que confiar el patrimonio propio a un tercero distinto, es una actividad que se enmarca en el ámbito de los riesgos o peligros permitidos o mejor en los riesgos o peligros que se encuentran de algún modo, normativamente asegurados y controlados.

NOVENA. Todo este marco teórico-analítico, forjado en relación a los diferentes apartados de este capítulo y en función de la *ratio legis*, la ubicación sistemática, el bien jurídico y la fenomenología de los delitos económicos y societarios, nos permite señalar que entre las razones político-criminales que justificarían la persecución penal de la administración desleal, punible por el art. 252 CP, encontraríamos las siguientes:

A) UNA DE CARÁCTER DOGMÁTICO MATERIAL: *“Insuficiencia de la apropiación de cosas para proteger el patrimonio ajeno”*. Esta razón, justifica en realidad la aparición de la administración desleal en general. Sin embargo, es mucho más patente cuando nos colocamos frente a los importantes casos de administración desleal (societaria) que el Tribunal Supremo enjuició para configurar la interpretación jurisprudencial de la administración desleal en la modalidad de distracción de dinero, constante en el antiguo art. 252 CP, que regulaba el delito de apropiación indebida. A su vez, esto permite constatar la insuficiencia del antiguo art. 252 CP, para resolver sin reparos estos casos.

B) UNA DE CARÁCTER SOCIAL-FUNCIONAL: *“Necesario reflejo de una de las fases del moderno proceso económico para la asignación de capitales”*. 1) Necesidad de capital para el funcionamiento de la economía: la economía en su conjunto, por tanto, el Estado, las personas físicas y las sociedades mercantiles, requieren de capital para poder cumplir con su objeto social (superávit o rentabilidad, según el caso, sea una entidad pública o una empresa privada); 2) Exigencia de protección de los propietarios del capital: los inversionistas o capitalistas, exigen de niveles adecuados de protección del capital que han entregado, para poder confiar en el sistema, lo que en definitiva implica destinar recursos a la economía siempre que aquella asegure de algún

modo a esos recursos; 3) La rentabilidad como una exigencia propia de la economía de mercado: la economía en general, es una economía de mercado, aunque algunos se muestren críticos al respecto, por lo que, lo interpretable no es esta cualidad de la economía, sino su apertura hacia el mercado (proteccionismo vs liberalismo), entonces, por las exigencias propias del sistema, para lograr una mejor y mayor rentabilidad, el capital exigirá siempre habilidades y destrezas de quien pueda garantizar de algún modo, resultados óptimos: rentabilidad o superávit; y, 4) Las habilidades empresariales como medio de producción: en la actual configuración de las relaciones económico-sociales, es indiscutible que las habilidades empresariales de los administradores, se han convertido en un medio de producción y, de los más importantes. Esto significa que su actuación influye en la función de producción. Así, por su preparación o experiencia, permiten reducir las expectativas de fracaso y de inadecuada utilización de los recursos económicos. Esto es funcionalmente trasladable al ámbito normativo: las habilidades empresariales también garantizan de algún modo, la contención o control de riesgos jurídicos entre los que cabe contar, los riesgos o peligros jurídico-penales.

C) UNA DE CARÁCTER NORMATIVO: *“Establecimiento de los límites normativos a la libertad de organización de los administradores”*. Las exigencias del sistema económico-social, han consolidado una justificación de las relaciones económicas tal, que como hemos afirmado antes, se establece una divergencia entre el titular del patrimonio y quien lo administra, por lo que serán siempre ámbitos de organización diferenciados. Esto a su vez, hace surgir la necesidad de colocar límites a la libertad de organización de quien debe administrar el patrimonio ajeno. Uno de estos límites objetivos, lo constituye el delito de administración desleal.

DÉCIMA. En los primeros Códigos penales españoles, se optaba por un delito de administración desleal genérico, sin embargo, desde la década de los ochenta hasta llegar a la promulgación del CP de 1995, los modelos típicos estribaban en una administración desleal específicamente societaria, dejando sin esta protección a los patrimonios no societarios. En este sentido, la LO

1/2015 de 30 de marzo ha supuesto un cambio de modelo, cuya lógica estaría no en la distinción de líneas paralelas, sino en una forma conceptual que engloba y contiene a la anterior forma.

DÉCIMA PRIMERA. En este sentido, la incorporación del tipo de administración desleal en el Código penal de 1995, obedecía a la necesidad de dar respuesta a una serie de prácticas ilícitas de la suficiente entidad para no bastar la respuesta de las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible, al no concurrir los elementos típicos del delito de estafa (engaño), o de la apropiación indebida. En este sentido, el punto de partida para la interpretación del antiguo art. 252 CP (distracción de dinero) y también del cambio normativo operado y, por tanto, de la interpretación del nuevo art. 252 CP, requiere de una premisa esencial, que exige: que quien distraiga el dinero (o disponga de los bienes, o contraiga obligaciones, etc.), sea quien tenga la facultad de disposición del mismo. Este presupuesto interpretativo de la modalidad de distracción de dinero, lograba que la interpretación guardase armonía y sumisión con el principio de legalidad y a su vez, que permitiera una distinción entre el delito de administración desleal y los delitos de estafa y de apropiación indebida. La distinción respecto del primero porque, en el delito de estafa, la disposición patrimonial la realiza la propia víctima a diferencia de la administración desleal en la que quien realiza la disposición patrimonial es aquel al que se le ha confiado la custodia y gestión del patrimonio de la víctima. Respecto del segundo porque, en la apropiación indebida, se requiere que lo que se entrega sea aquello mismo que se deba devolver, mientras que en la administración desleal (de dinero), lo que se debe devolver es una cantidad equivalente.

DÉCIMA SEGUNDA. Por otro lado, ya en relación a la explicación del vigente art. 252 CP, la jurisprudencia que el Tribunal Supremo español desarrolló del tipo de distracción de dinero (antiguo art. 252 CP) como modelo del tipo de la infidelidad y/o tipo de abuso, no es extrapolable al ámbito de aplicación del vigente tipo de administración desleal del art. 252 CP. No al menos desde aquella perspectiva que afirma que el tipo de la infidelidad protege

al patrimonio de los ataques internos que se producen en la relación jurídica entre administrador y titular de patrimonio administrado; y viceversa, respecto del tipo de abuso, como forma típica que protege al patrimonio de los ataques que se producen con ocasión de la relación externa. Lo que se castiga en un tipo de administración desleal genérica (y específica) de patrimonio ajeno, es el perjuicio patrimonial causado como consecuencia de la infracción de los deberes de custodia patrimonial que el administrador le debía al titular del patrimonio en relación a una causa legal. En este nivel de análisis, da lo mismo que el perjuicio se cause con motivo de la existencia de un negocio jurídico (relación externa) o no (relación interna). Así, en ambos casos, el sujeto actúa porque tiene dentro de su ámbito de organización facultades de administración del patrimonio ajeno, por esas facultades, se puede disponer del patrimonio ajeno. En el mismo sentido, por esas facultades, el administrador puede obligar al titular del patrimonio administrado.

Por ello, la discusión que existe en el ámbito de la interpretación del parágrafo 266 CP alemán, sobre la distinción entre las dos modalidades o tipos de la administración desleal, carece de repercusiones respecto del art. 252 CP, por lo que no es extrapolable tampoco ni la discusión ni las limitaciones: el tipo penal del art. 252 CP protege, en definitiva, al patrimonio de los ataques internos y externos que se puedan dar en el marco de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado.

DÉCIMA TERCERA. En relación con lo anterior en el ámbito de los comportamientos desleales del órgano de administración es mucho más patente la irrelevancia de la distinción entre un tipo de abuso o un tipo de la infidelidad: el órgano de administración como administrador de un patrimonio ajeno, del patrimonio de la sociedad, a lo largo del tiempo en el que ejerce sus funciones, está obligado por un deber de protección y/o cuidado de ese patrimonio ajeno, un deber específico y concreto que deriva del genérico de lealtad que éste debe respecto del titular del patrimonio, persona jurídica o sociedad. En definitiva, da lo mismo si se infringe el deber de custodia patrimonial configurando un ataque ya sea a las relaciones internas o a las relaciones externas entre administrador y titular del patrimonio administrado, lo fundamental es que

estando en posición de garante, como consecuencia de la infracción del deber o de los deberes que le son propios, del que deriva uno de custodia patrimonial, se produce un perjuicio patrimonial.

DÉCIMA CUARTA. El art. 252 CP sanciona las graves infracciones del deber de lealtad. La obligación del administrador incluye desempeñar su cargo respetando el deber de lealtad al que se encuentra sometida su actuación, es decir, sin usar de manera inadecuada las concretas facultades o potestades de gestión o lo que es lo mismo, no actuar de manera contraria a la finalidad por la cual ha sido designado (y él aceptado) el cargo o función que lleva aparejado entre otros extremos, el poder de disposición y en este sentido, la gestión sobre el patrimonio ajeno que le ha sido confiado. Esto es lo que interesa al ámbito jurídico penal respecto del deber de lealtad. Porque se exige al administrador, actuar en defensa del interés del titular del patrimonio, cumpliendo los deberes que la ley y en su caso, los estatutos, determinen.

DÉCIMA QUINTA. Al administrador le es exigido un comportamiento de ayuda y fomento respecto del patrimonio ajeno, es decir, respecto del patrimonio social o individual administrado. Desde esta perspectiva, quien tiene un deber positivo respecto de un bien ajeno, tiene dos opciones: o bien observa el deber y adecúa su conducta de tal modo que se puede decir que el administrador ha cumplido con las funciones que le eran exigidas, o simplemente, no lo cumple y así, se puede afirmar que ha infringido los deberes que le eran inherentes a su rol o función social. Esto, con independencia de que el hecho objetivamente le pertenezca a otro, y se pueda sostener que la acción del administrador, mediante la infracción del deber, sea tan sólo una ayuda, permisión, no limitación, etc., del acto del tercero, porque, el acto del administrador constituye un incumplimiento del deber que le era exigible.

DÉCIMA SEXTA. Estamos ante un delito de infracción de deber y el obligado por el deber, será siempre autor. El obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como autor; es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante con o sin dominio del hecho, o un omitente: el obligado siempre responde como autor.

Porque, el fundamento de este delito será la violación o quebrantamiento de los deberes del cargo por el que se ostenta la administración de los bienes de otro. Así, de manera gráfica y lógica, se podría expresar que existe un deber de lealtad previsto en la normativa extrapenal que da lugar en el ámbito jurídico-penal a un deber de ayuda y fomento del bien jurídico (deber positivo) denominado deber de protección patrimonial. No se trata solo de omitir la realización de actos que lesionen el patrimonio administrado (*neminem laedere*), sino de actuar en ayuda y fomento de ese patrimonio; no se limita la prohibición al cumplimiento de un deber genérico de no lesionar, sino de un específico que obliga a actuar en pro del patrimonio administrado.

DÉCIMA SÉPTIMA. No se trata, por tanto, de que, de un deber de ayuda o de fomento respecto del bien jurídico ajeno se derive la prohibición del art. 252 CP, de lo que se trata en general es de observar que en los delitos de infracción de deber cuyo fundamento está en la protección de unas concretas instituciones, la protección se realiza mediante unos también concretos y muy determinados deberes positivos que la doctrina suele denominarlos de ayuda o fomento respecto del bien jurídico. En el ámbito del delito de administración desleal, este deber positivo de ayuda y fomento respecto del bien jurídico lo constituye el deber de protección patrimonial, que busca garantizar que las relaciones entre administradores y titulares de los patrimonios administrados, se realicen en el marco de los límites normativos previamente establecidos.

La relación jurídica entre administrador y titular de patrimonios ajenos, es equivalente en todos los supuestos: se trata de una relación jurídica en la que la persona (física o jurídica) como ámbito de organización ajeno y divergente, entrega o deposita en otra persona (física o jurídica), la confianza para que, en su nombre y representación, gestione los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen.

DÉCIMA OCTAVA. El deber de protección patrimonial debe diferenciarse de la relación jurídica de confianza. Deber tutelar no es lo mismo que gozar de confianza, por lo que el deber de lealtad, del cual deriva el deber de protección patrimonial, pertenece a un plano jurídico distinto que la

existencia fáctica de confianza. La confianza no es más que un supuesto de hecho que explica el origen y extinción de una relación jurídica (mandato, comisión, etc.), mas no constituye el contenido normativo del deber de lealtad. No es más que un elemento psicológico normativizado, según que, para el perfeccionamiento del negocio jurídico, es necesaria la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte. La situación de confianza no se protege en sí como fin, sino como medio, en su referencia patrimonial, en la medida que “*la quiebra de confianza*”, operada a través de la infracción del deber de lealtad representa la forma de ataque al bien jurídico protegido. Esto no debe llevarnos a la confusión de entenderlo como deslealtad, como infracción del deber de lealtad, así como entender que la infracción de este concreto deber jurídico-civil (societario), presuponga en sí una infracción jurídico penal. Para lo primero, la deslealtad misma no debe ser comprendida como frustración de confianza, pues “*leal*” es solo la descripción de un atributo de un comportamiento, que se ajusta a la determinación de objetivos de la relación jurídica correspondiente. El fundamento material de la infracción lo constituye la posición jurídica respecto del patrimonio ajeno, el ámbito de organización del administrador incluye una especial posición jurídica sobre el patrimonio ajeno, y en este sentido, el deber de lealtad es tan sólo una consecuencia de la posición jurídica: sólo puede infringir el deber aquel sobre quien pesa la obligación de cumplirlo, por lo que sólo ante hechos de administración desleal que supongan una grave intervención en la libertad de organización ajena debe imputarse jurídico-penalmente.

La relación jurídica que se da entre administrador y titular del patrimonio administrado, se encuentra regulada y exigida por el cumplimiento de determinados deberes entre los que cabe citar, el deber de lealtad. El delito de administración desleal constituiría, por un lado, un supuesto de quiebra de confianza entre el administrador y el titular del patrimonio administrado, pero, sobre todo, en el plano jurídico relevante a los efectos jurídico-penales, es una grave infracción de un concreto deber de lealtad que obliga al administrador a actuar en función de los intereses del titular del patrimonio administrado. Aunque quepa afirmar que la quiebra de la confianza tiene lugar con la

infracción del deber de lealtad, ambas situaciones se encuentran en niveles diferenciados de exigencia normativa o en planos diferenciados de cumplimiento normativo. En este sentido, es obvio entender que una grave infracción del deber de lealtad constituya a su vez un supuesto de quiebra de la confianza entre administrador y titular del patrimonio administrado. Lo que no se puede afirmar es que el núcleo de la infracción del deber de lealtad sea la quiebra de la confianza, o que la pérdida de la confianza implique o precise la existencia del delito.

DÉCIMA NOVENA. El administrador no goza de capacidad de disposición de los bienes o intereses económicos del titular del patrimonio administrado como consecuencia de un engaño previo (como en el delito de estafa), sino a través de una relación jurídica que tiene como fundamento la confianza, que comporta determinados deberes positivos entre los que destaca el deber de lealtad; en el art. 252 del Código penal, la infracción de este deber solo será típica cuando se realiza por el obligado a su cumplimiento, y dentro de las facultades de administración. Pero dado el tenor de citado precepto penal, de todas las posibles infracciones o vulneraciones del deber de lealtad, en el ámbito penal solo será relevante aquella que produce un resultado de daño en el patrimonio administrado, causado por quien tenía el deber de actuar conforme a dicho deber. En el artículo 252 del código penal se tipifica una grave infracción del deber de lealtad, mediante la vulneración del deber de protección patrimonial que tiene el administrador respecto del patrimonio administrado.

VIGÉSIMA. Aunque la administración desleal es sin lugar a dudas un abuso de una posición de dominio sobre el bien jurídico que se debía proteger, lo importante es observar que se está en esa posición precisamente porque ha existido una previa transferencia de esa posición jurídica sobre el bien jurídico al autor típico, al administrador, pero el abuso de la concreta posición, el abuso de las funciones propias del cargo, el exceso en el ejercicio de las facultades, está en función del deber que previamente se ha adquirido: no se puede abusar si previamente no se me ha otorgado un derecho de uso, el derecho es en el sentido argumental, el límite que permite observar que se ha abusado. Es decir

que el tipo se realiza cuando el autor quebranta el deber previamente adquirido. De esa concreta infracción del deber se explica de manera suficiente la lesión del patrimonio administrado. De este modo, se ha rebasado el límite de lo admitido por el ordenamiento y se ingresa en la esfera de lo que prohíbe la ley penal.

VIGÉSIMA PRIMERA. El interés jurídico protegido en el art. 252 del texto penal es el patrimonio del sujeto pasivo, bien sea persona física o jurídica, respecto de quien el administrador, el autor típico, tiene unos concretos deberes de custodia y protección. Postura en la que coincidimos con la tesis mayoritaria en la doctrina. Tesis que se sustenta en la ubicación del precepto en el Código penal, en su tenor literal y en su finalidad. El art. 252 CP exige expresamente que como consecuencia del hecho se produzca un perjuicio patrimonial. Sin olvidar la relevancia interpretativa en este aspecto de la remisión a efectos de pena a los artículos 249 y 250 del texto penal. El patrimonio debe ser entendido en su acepción genérica, que lo distingue materialmente del concepto de propiedad. El concepto de patrimonio está ligado a la persona, y contiene una parte de la esfera jurídica de aquella referida a los elementos que la componen y que son susceptibles de ser pecuniariamente apreciables.

VIGÉSIMA SEGUNDA. La interpretación del precepto estudiado, y el señalamiento del bien jurídico en el patrimonio, hace preciso delimitar su contenido. Del estudio de las distintas tesis sobre el concepto de patrimonio, se puede concluir que, aunque se puede hablar de que existen diferentes posturas sobre lo que es el patrimonio como objeto jurídico de protección, en realidad, también se puede afirmar que las diferentes concepciones, lo que han hecho es ir corrigiendo el ámbito de la materia protegible, ya sea mediante la restricción o la ampliación del alcance de un concepto muy genérico o muy limitado que, por un lado, podría colisionar en determinados momentos con las garantías básicas que se desprenden del principio de legalidad y, que, por otro, podría significar la vulneración de los criterios de justicia material, porque por la estrechez del mismo quedarían fuera del ámbito penal graves comportamientos que atacan el patrimonio.

La interpretación del art. 252 CP en este punto requiere en primer lugar analizar la fundamentación de la protección penal del patrimonio, y en segundo lugar concretar los diversos elementos que lo integran y que, por lo mismo, son susceptibles de ser lesionados o dañados por el actuar desleal del administrador.

VIGÉSIMA TERCERA. El fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio está en la necesidad de salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables que pertenecen a una persona, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico o que al menos, revistan una apariencia jurídica de no contrariedad con el ordenamiento jurídico. Esto significa que acogemos la postura mixta o jurídico-económica de patrimonio. Es cierto que los bienes que se encuentran integrados bajo el concepto de patrimonio están ligados a la persona, y que aquella ejerce sobre ellos las acciones que el derecho le ampara. Sin embargo, el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio no puede ser garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica, porque, aunque esto sea cierto, se encuentra en un nivel de abstracción bastante alejado que repercute en un inadecuado entendimiento de lo que realmente sucede. La garantía de la libertad de disposición económica requiere de una cierta determinación, que se expresa en los fundamentos que la teoría económica jurídica del patrimonio ha establecido: salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico. Es decir, el legislador penal ha querido salvaguardar el poder de disposición o lo que es lo mismo, la garantía de la libertad personal de disposición económica, mediante la protección de los bienes económicamente transables que integran el patrimonio y que se encuentren protegidos por el derecho, frente a determinados ataques.

La diferencia de la teoría jurídico económica aquí seguida con la personal sobre el patrimonio, radica no en el fundamento, sino en las diferentes consecuencias que se deriva, aun utilizando un fundamento similar o no especialmente diferente, porque anudar al objeto de protección las necesidades o finalidades que el sujeto buscaba o perseguía respecto del concreto bien, es

confundir la naturaleza de los diferentes elementos típicos. Partiendo de ese fundamento, las finalidades del sujeto pasivo, o mejor del titular del patrimonio, no pueden ser tenidas en cuenta para integrar el concepto.

VIGÉSIMA CUARTA. El bien jurídico en el caso de la administración desleal es el patrimonio. Las concretas finalidades o necesidades del sujeto pasivo respecto del objeto material, en caso de ser requeridas para el análisis del tipo, deberán ser estudiadas como parte de la conducta del sujeto pasivo, en relación al comportamiento del sujeto activo que ataca el bien jurídico. Porque en determinados supuestos de los delitos patrimoniales, la concreta finalidad del sujeto pasivo constituye el límite de actuación del comportamiento típico, en algunos supuestos estas finalidades están positivadas en el tipo penal, tal es el caso de la administración desleal, y en otros supuestos no, como en la estafa. Sin embargo, de esta observación no se desprende que el bien jurídico y las finalidades del titular respecto del concreto objeto material estén fusionadas en una única categoría del delito. Es preciso advertir las diferencias materiales, para no confundir en el análisis lo que cada elemento constituye.

VIGÉSIMA QUINTA. El comportamiento típico en el delito descrito en el art. 252 CP es la actuación del administrador fuera de los límites de su mandato, ocasionando una disminución en el patrimonio administrado. El autor actúa en contra de los intereses patrimoniales del administrado, dando lugar a un perjuicio patrimonial. El administrador dispone u obliga respecto de los bienes, y esa disposición o contracción de obligaciones supone siempre un acto distinto respecto de lo que decidió sobre ellos el titular de los mismos. Se trata de un acto contrario a la finalidad del sujeto pasivo titular del patrimonio. La decisión del titular del patrimonio respecto de los bienes está contenida en el mandato de que se gestionen aquellos en función del interés propio, y no en relación a intereses de terceros, incluidos los del propio administrador. Porque de lo contrario no habría administración desleal. Si el titular de los bienes ordena o dispone al administrador donar una parte de sus activos a la Iglesia Católica o a cualquier otra institución o persona (física o jurídica), y el administrador así lo hace, ocasionando una disminución patrimonial del

patrimonio administrado, este comportamiento es atípico porque el administrador ha actuado o se ha comportado dentro de los límites establecidos y, aunque haya una disminución patrimonial no se puede hablar de perjuicio típico, porque ha mediado el cumplimiento de una disposición (consentimiento) sobre lo que se debe realizar con los componentes patrimoniales.

VIGÉSIMA SEXTA. Sólo pueden ser elementos patrimoniales aquellas relaciones establecidas por el ordenamiento económico susceptibles de ser consideradas objeto de una transacción económica. El sujeto patrimonial será aquel que ostente el poder de disposición sobre los bienes. Este poder de disposición consiste en el ejercicio de un derecho respecto de un bien o un conjunto de bienes. La posición acogida, limita la protección a los bienes que sean susceptibles de ser económicamente evaluables (teoría jurídica) y, restringe la protección a aquellos bienes que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica (teoría económica).

VIGÉSIMA SÉPTIMA. La administración desleal no protege una relación de confianza, interpretar que esto es lo protegido no tiene apoyo en el texto legal del art. 252 CP. La razón por la que se debe excluir esta relación como objeto jurídico de protección del delito de administración desleal está en que el legislador ha configurado el delito como de resultado, puesto que el tipo exige *“un perjuicio al patrimonio administrado”*; y si hubiera querido sancionar la vulneración de la relación de confianza lo hubiera hecho como un delito de peligro. La infracción del deber constituye el desvalor de la acción, pero no el bien jurídico, en la medida que se exige una agresión con resultado de daño al patrimonio administrado.

VIGÉSIMA OCTAVA. El patrimonio que se protege en el delito de administración desleal del art. 252 CP, por regla general, es el patrimonio de quien coloca en manos de un tercero la administración del mismo. En lo que respecta a los supuestos de administración desleal cometidos por el órgano de administración de una sociedad, no es posible interpretar que a través de la protección del patrimonio social se protege el de los socios; el objeto de protección en estos supuestos es el patrimonio social exclusivamente. En el art.

226 TRLSC, que recoge el deber de lealtad, se establece que el administrador desempeñara su cargo como un representante leal en defensa del interés social, que solo puede ser entendido como el interés de la sociedad.

En coherencia con lo anterior, debe rechazarse la posibilidad de interpretar que, en los supuestos de administración de patrimonios societarios, se protege inmediatamente el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. Sin descartar que el legislador haya pensado también en estas consideraciones (como hemos expuesto en el capítulo correspondiente), tal y como se puede observar en el Preámbulo de la LO 1/ 2015, para establecer la punición de los comportamientos desleales del administrador de patrimonios ajenos; y en este sentido, se haya perseguido, su protección mediata.

VIGÉSIMA NOVENA. El comportamiento típico en el delito de administración desleal se realiza en un ámbito previamente regulado en el que se pueden determinar con precisión, dos cuestiones fundamentales: a) existe un sujeto específico sobre el que recaen los deberes y obligaciones entre las que cabe contar la de protección del patrimonio; y, b) este sujeto, el administrador, ostenta unas concretas facultades genéricas delegables e indelegables relacionadas con el deber de protección patrimonial del patrimonio administrado. Esto quiere decir que a los efectos del art. 252 CP, para todos los supuestos, el administrador ostenta unas facultades que se encuentran relacionadas con el deber de protección patrimonial y únicamente mediante el ejercicio de aquellas es posible de producir un perjuicio al patrimonio administrado, típicamente relevante.

El contenido del deber y de las facultades del administrador, está descrito o contemplado en el Derecho privado que establece que es competencia de los administradores la gestión y la representación de los intereses patrimoniales ajenos. Sin que se pierda de vista que se trata de una única facultad de obrar distintas actividades, las que se pueden observar desde una perspectiva interna como actividades de gestión y desde una perspectiva externa como actividades de representación. En este ámbito, lo importante no es diferenciar si nos encontramos ante una actividad del administrador

calificable como de gestión o de representación, porque tanto a partir de la gestión como de la representación se puede atacar el patrimonio administrado, sino que lo trascendental está en determinar si con ocasión del ejercicio inadecuado de estas funciones, el administrador es el causante normativo (imputación objetiva) del resultado que se concreta en un perjuicio económico al titular del patrimonio administrado, en un perjuicio patrimonial.

TRIGÉSIMA. En el concepto de patrimonio destaca el hecho de comprender tanto el patrimonio activo como el patrimonio pasivo. En este sentido, existiría un patrimonio total comprendido o entendido en función de la relación entre el activo y el pasivo. El patrimonio total contablemente se calcula con una ecuación: *patrimonio = activo – pasivo*. A partir de esta fórmula se observa que todas las disminuciones del activo y todos los incrementos del pasivo repercuten en una disminución patrimonial. Por la naturaleza del patrimonio se desprende que un ataque que tenga como consecuencia un perjuicio al mismo, se puede realizar mediante una disminución del activo patrimonial o a través de un aumento del pasivo patrimonial, porque son las dos formas en que se puede apreciar el perjuicio al patrimonio total actual. Todo ejercicio inadecuado de las funciones de gestión o representación por parte del administrador que mediante una disminución del activo o a través de un aumento del pasivo, ocasionen un perjuicio (o disminución total) del patrimonio actual, es punible en virtud del art. 252 CP, siempre que deriven de un ejercicio desleal y reúnan el resto de los elementos típicos de este precepto. Esta visión contable del problema ayuda a entender y resolver todos los supuestos de administración desleal. Sin embargo, es preciso completar esta visión desde la perspectiva jurídico-económica añadiendo también, los supuestos en los que existe disminución del patrimonio total porque se impidió el aumento de aquel o se producirá una disminución futura. La ecuación sigue siendo la misma *patrimonio = activo – pasivo*, pero el concepto contable cambia o se completa mediante los criterios de valoración jurídicos-económicos, porque en el patrimonio también se deben considerar aquellos elementos que podrían integrar el activo o el pasivo, porque la probabilidad de incremento o disminución patrimonial es razonablemente cierta

de haber el administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían.

TRIGÉSIMA PRIMERA. Por otra parte, según el texto del tipo legal del art. 252 CP, los comportamientos típicos de disposición de bienes, contracción de obligaciones, etc., para que sean típicos deben realizarse en el marco de un exceso en el ejercicio de las funciones propias del cargo. El diccionario de la RAE nos señala que excederse consiste en propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable. Desde esta definición, excederse equivale a abusar, porque el mismo diccionario afirma que hacer un uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien es lo que distingue un abuso. Si excederse es abusar, el ejercicio abusivo de las funciones encomendadas al administrador para custodiar el patrimonio ajeno, es lo que prohíbe el tipo penal del art. 252 CP, cuando ese ejercicio con exceso o abuso de las facultades ocasiona o produce un perjuicio (disminución) patrimonial. La identificación conceptual es importante, porque el término exceso no dispone de una tradición interpretativa importante, sobre todo porque siempre se ha entendido que el exceso en el uso de los derechos es lo que se denomina abuso, y tanto la ley como la doctrina han preferido este término. El por qué el legislador decidió utilizar esta expresión, “*excediéndose*” y no el término “*abusando*”, es una incógnita cuya resolución no es muy importante a nuestro juicio, porque lo importante es interpretar en qué consiste el término o en qué radica esa exigencia, en qué consiste aquella condición normativa del comportamiento del administrador. Sin embargo, se podría argumentar que el legislador quiso deslindarse de la posible interpretación del art. 252 CP como un único tipo de abuso en el sentido que habitualmente se interpreta en el Derecho Penal alemán, no limitando la administración desleal únicamente, al tipo de abuso o al de infidelidad patrimonial. El motivo de no considerar relevante analizar la utilización de término *excediéndose*, se deriva de la configuración que realizamos del tipo del art. 252 CP, como de infracción del deber de custodia o protección patrimonial, que puede vulnerarse (el deber), bien por el abuso o la infidelidad del administrador, siendo indiferente que dicha vulneración tenga lugar en presencia o no de un negocio jurídico. El término exceso o abuso no

puede sólo interpretarse respecto de los supuestos en los que exista negocio jurídico, porque el legislador lo ha exigido para todos los supuestos de administración desleal.

TRIGÉSIMA SEGUNDA. De la definición de abuso, se entiende que el ejercicio inadecuado se realiza sobre un determinado objeto. Este objeto puede ser material o inmaterial. El ordenamiento en general, acepta como lícito el uso de los objetos, ya sean estos materiales o inmateriales. Lo que prohíbe es el uso inadecuado de los mismos, el ejercicio inadecuado de determinadas acciones sobre los mismos. Al tratarse de personas, se prohíbe el ejercicio inadecuado de determinadas acciones que repercutan negativamente, ya sea manera directa o indirecta, sobre aquellas. Por tanto, podemos afirmar que la ley penal prohíbe con carácter general tanto el uso excesivo, injusto o indebido que se realiza o ejecuta sobre una persona (por ej., abuso de superioridad) como sobre un derecho (por ej., abuso de confianza). Pero en ambos tipos de prohibiciones destaca el hecho de que el abuso es materialmente el ejercicio injusto e innecesario que se ejerce sobre un determinado objeto o realidad jurídica (con sustrato material o sin aquel), para cometer un delito. En este sentido, abuso del derecho o exceso en el ejercicio del derecho no es sólo actuar fuera del ámbito legal concedido al concreto ámbito de organización (abusa o se excede, sólo quien ejercita un derecho que la ley no le ha concedido), sino ejercitar de manera anormal o inadecuada el derecho subjetivo que se ostenta, en el sentido de un ejercicio contrario a la función económico-social en la que se enmarca el derecho subjetivo, en función de la institución jurídica a la que se encuentra ligada su ejercicio. La concreta función económico-social del derecho subjetivo debe interpretarse a partir de la naturaleza jurídica de la institución a la que se debe el derecho subjetivo. Es decir, en función del texto legal, del estado o situación jurídico-social concreto. En suma, es un elemento que debe interpretarse normativa y objetivamente. La esencia de la institución que además es también el presupuesto que la hace surgir (todo a partir de una concepción objetiva del concepto de abuso de un derecho), es la existencia de un derecho que se ejercita. El ejercicio abusivo o en exceso de un derecho o facultad consistiría en sobrepasar de manera manifiesta los límites normales

para el ejercicio del mismo y de la institución jurídica de la que surge el derecho subjetivo.

TRIGÉSIMA TERCERA. El delito del art. 252 CP, lo es de infracción de deber. El ejercicio con exceso o abuso de las facultades de administración no se entiende sin aceptar que esas facultades de administración han sido concedidas en función del establecimiento de una relación jurídica entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. Las facultades de gestión patrimonial se realizan en el marco del deber de lealtad, en el que se incluye el deber de protección patrimonial. En el ámbito del art. 252 CP, excederse en el ejercicio de las facultades de administración no es sino la concreta infracción del deber de custodia o protección patrimonial, porque de todos los comportamientos del administrador, los que son importantes o relevantes respecto de la administración desleal, están referidos a la causación de un perjuicio patrimonial. El exceso supone siempre, ir más allá y en contra de los deberes que conforman la esencia de la función de gestión (administración y representación) en nombre de otro de sus activos. Lo que interesa para configurar la tipicidad del art. 252 CP es que se realice, una disposición o una contracción de obligaciones que no observe el deber de protección patrimonial. Esta argumentación tiene como trasfondo la premisa fundamental de la que hemos partido: considerar al delito de administración desleal como uno de infracción de deber. El exceso del administrador que prohíbe el precepto estudiado está en la infracción del deber de protección patrimonial. Normativamente son lo mismo. El tipo penal podría sin reparos decir: será punible el comportamiento del administrador que con ocasión de la infracción de su deber de protección patrimonial cause un perjuicio al patrimonio ajeno. La prohibición sería la siguiente: está prohibido respecto de los administradores, la infracción del deber de protección patrimonial que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

TRIGÉSIMA CUARTA. La facultad de disposición constituye el ejercicio extremo de la facultad de goce de la cosa. Pero sobre todo constituye el proceso (o la vía que sirve de cause) mediante el que se realiza. Goza, disfruta y utiliza el bien o derecho quien dispone del mismo para servirse de

él. Desde esta perspectiva, son típicos los comportamientos de goce realizados sobre los bienes, porque es inherente a su ejercicio la disposición de los mismos, no se puede gozar de un determinado bien sin disponer de aquel. Por tanto, también será típica la disposición entendida como la supresión de la posibilidad de ejercer derechos de goce (incluida la disposición) sobre los bienes ajenos. Lo que distingue el delito de administración desleal de otros de los denominados tradicionalmente, patrimoniales es que el hecho se realiza en el marco de las facultades de administración, por lo que muy a pesar de que lo que ocurre es un ejercicio arbitrario e ilícito del derecho de propiedad sobre los activos patrimoniales de la persona titular de los bienes, en la administración desleal, el vehículo comisivo lo constituye el especial deber de protección patrimonial que el sujeto autor del delito debe a la persona titular del patrimonio. Disponer es actuar como dueño, es decir, enajenar y gravar los bienes, pero no sólo eso, también es usar, utilizar y servirse del bien o cosa que se ha entregado para la administración. Ya sea que el comportamiento se realice con o sin negocio jurídico (en el ámbito de las facultades de gestión o representación), ya sea que la apropiación sea personal o repercuta respecto de terceros, ya sea que la disposición sea temporal o definitiva, siempre que con ocasión de la infracción de las facultades de administración se disponga de los bienes causando un perjuicio al patrimonio habrá delito. Porque en la administración desleal no se castiga una apropiación indebida de bienes, se castiga un perjuicio patrimonial con ocasión de la infracción del deber de protección patrimonial que puede coincidir en determinados supuestos, porque se puede dar una apropiación del bien, disposición definitiva, pero lo fundamental está en que esa apropiación tuvo lugar con ocasión del especial deber de protección del patrimonio ajeno que le era exigido al administrador. El sujeto activo actúa incumpliendo su deber de protección patrimonial, sobrepasando los límites impuestos por ese deber y cargo, y comportándose como si fuera el titular del patrimonio administrado con poderes ilimitados.

TRIGÉSIMA QUINTA. El comportamiento genérico de contracción punible de obligaciones no se encuentra limitado al ejercicio de la facultad de representación, sino que también puede darse con ocasión del ejercicio de la

facultad de gestión. Contraer obligaciones a cargo de la persona titular del patrimonio administrado consiste en anudar (estrechar o juntar) respecto de aquella, el cumplimiento de una obligación. Se trata de obligaciones que se rigen por el Derecho privado. Lo que interesa a la ley penal respecto de la administración desleal está en que el administrador mediante su comportamiento, mediando negocio jurídico o no, genera respecto de la persona titular del patrimonio ajeno, el deber de dar, hacer o no hacer algo. Sin embargo, como el tipo exige un perjuicio patrimonial, el dar, hacer o no hacer algo, debe estar normativamente reconducido en términos de valor que permitan apreciar un aumento del pasivo patrimonial y/o, una disminución del patrimonio total, con independencia de que se trate de actos realizados en el marco de un negocio jurídico o en el ámbito de la gestión. En cuanto a la contracción de obligaciones, comprende más que la imposición de una carga o gravamen sobre el patrimonio administrado; contraer una obligación no tiene un correlato con un concreto bien, sino con la totalidad del patrimonio.

TRIGÉSIMA SEXTA. Existe un tercer grupo de supuestos mediante los que se perjudica el patrimonio administrado. Son comportamientos del administrador que impiden un aumento futuro (expectante) del valor patrimonial total o que implican una reducción ulterior (subsiguiente) del patrimonio total, que no se realizan mediante la disposición de los bienes que conforman el activo o a través de la contracción de obligaciones que repercuten en el pasivo. En este sentido, hay que señalar que el concepto jurídico-económico de patrimonio sí permite valorar, por ejemplo, las expectativas de ganancia de un negocio, el desarrollo de una habilidad empresarial, el desarrollo tecnológico (v. gr., un software para cumplir con el objeto social), el nombre social, la marca de un producto, etc. Un cúmulo de derechos que contablemente no se registran y que, sin embargo, al valorar una sociedad sí que son utilizados para el cálculo de su estimación económica transaccional. Por lo que, si un comportamiento del administrador repercute negativamente sobre estos elementos, existirá administración desleal si se comprueba el perjuicio patrimonial consistente en la porción que dejó de incrementarse el patrimonio como consecuencia de la actividad desleal del administrador o la

magnitud en que se redujo el mismo. Es preciso que para que se alcance la tipicidad en estos supuestos, se determine adecuadamente que el comportamiento produjo un perjuicio al patrimonio, y que ese perjuicio sea cuantificable y se produjo con ocasión de la infracción de los especiales deberes que le impelen al administrador, de manera preponderante, el deber de lealtad que, respecto de la administración desleal, como hemos visto, se concreta en la infracción del deber de protección patrimonial.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA. En relación a la comisión por omisión o respecto de la equivalencia funcional entre acción y omisión en la administración desleal (se trata de un delito de infracción de deber), hemos señalado que el administrador, es garante de la no producción del resultado típico o de la evitación del resultado prohibido, por lo que si infringe su deber como garante se habrá configurado la tipicidad. Da lo mismo que la infracción del deber se realice mediante acción u omisión, porque lo relevante es la defraudación de la expectativa en sí, y no la forma (acción u omisión) en la que se produce dicha defraudación. La posición de garante respecto del bien jurídico, deriva de la exigencia típica. Este deber surge de la relación jurídica que origina la entrega y recepción de las facultades de administración respecto del patrimonio ajeno. El tipo penal del art. 252 CP, nos dice que ésta relación jurídica puede proceder de la ley, puede ser encomendada por alguna autoridad o también pueden ser asumidas mediante un negocio jurídico. El gran campo de aplicación de los comportamientos omisivos, de la comisión por omisión, está en los comportamientos ya sea de quienes se encuentran en el mismo nivel jerárquico (v. gr., supuestos de actuación de un consejo de administración) o de los subordinados (v. gr., supuestos de actuación de sujetos que se encuentran en un nivel jerárquico inferior), que se explican como infracción por omisión de los deberes del administrador. Estos dos grandes grupos de supuestos, constituyen las dos formas fenomenológicas en que se puede producir la infracción del deber de protección patrimonial por la omisión de una acción esperada o en comisión por omisión.

TRIGÉSIMA OCTAVA. A partir de esta observación, sobre las formas mediante las que se puede infringir el deber, existe la posibilidad lícita

de desvincularse de la posición de garante. En los casos en los que el comportamiento típico lo realice un tercero, sea este un subordinado o un sujeto que se encuentra en el mismo nivel jerárquico, para imputar al administrador será preciso observar una inadecuada desvinculación de la posición de garante y, por tanto, en este caso se puede afirmar que, el comportamiento del tercero y su resultado es consecuencia del comportamiento del administrador, porque ha infringido su deber y se ha configurado el resultado prohibido. El problema de la desvinculación de la posición de garante hace referencia a aquellos supuestos o circunstancias en los que el inicialmente garante, puede argumentar no serlo, con efectos exonerantes de la responsabilidad penal. Este problema está referido de manera exclusiva a los casos en los que el administrador requiera para el cumplimiento de las tareas de gestión y/o representación, la ayuda de otras personas, es decir, la presencia de otros ámbitos de organización a los que se puedan adherir determinadas obligaciones para que el administrador cumpla con sus deberes. En los demás supuestos, no es posible una desvinculación de la posición de garante, y si el administrador no quiere o no puede hacer frente a las obligaciones y deberes respecto del titular del patrimonio administrado, respecto de la protección del patrimonio ajeno, deberá renunciar al cargo. Únicamente la renuncia comporta una desvinculación total de la posición de garante. La actuación del administrador para que pueda estar desvinculada de la posición de garante, debe quedar cubierta por alguno de los sub-institutos de la imputación objetiva: fin de protección de la norma, riesgo permitido, principio de confianza, acciones neutrales, prohibición de regreso, etc. Por lo que, una pretendida desvinculación de forma unilateral y sin respetar los presupuestos de la imputación objetiva conduce siempre a la responsabilidad penal (revisar el desarrollo de esta cuestión en el apartado correspondiente).

TRIGÉSIMA NOVENA. El delito del art. 252 CP lo es de resultado, al exigirse la causación de un perjuicio patrimonial, consecuencia del exceso en el ejercicio ilegítimo de las funciones del administrador. La exigencia de un resultado de lesión al patrimonio administrado exige comprobar que, como consecuencia del comportamiento del administrador, se ha producido una

disminución del patrimonio total. Para la evaluación del daño o perjuicio patrimonial se debe utilizar en primera instancia, el principio del saldo, en atención al fundamento del patrimonio que hemos desarrollado. Si el comportamiento del administrador produce un perjuicio patrimonial, lo fundamental será observar si se da un menoscabo respecto del ejercicio libre de los derechos patrimoniales: una disminución actual o futura del patrimonio total. La frustración de las expectativas verificables de ganancia de un negocio cierto, son reconducibles a la idea de perjuicio patrimonial no porque se parta de un concepto personal o funcional de patrimonio que asimile un peligro o riesgo con un daño, sino porque se perjudica de manera directa el patrimonio. En el ámbito económico (societario y no societario) lo importante no es sólo lo que reflejen los números contablemente, sino el valor económico de una transacción. Si un comportamiento del administrador perjudica el proceso de adquisición de una compañía o de una marca que va a redundar en una mayor utilidad y ganancia para la persona titular del patrimonio administrado, estamos ante un acto de administración desleal, porque se ha ocasionado un perjuicio económico al patrimonio. Un perjuicio patrimonial que se calcula en función de todo aquello que dejó de percibir la sociedad o la persona titular del patrimonio administrado y que significa en última instancia, una merma respecto del ejercicio libre de los derechos patrimoniales. La disminución patrimonial no se verifica sólo desde lo que integra el patrimonio, este punto de partida es lo que limita la interpretación, se debe observar también respecto de aquello en que no se aumentó el patrimonio como consecuencia del comportamiento desleal del administrador. En coherencia, se debe rechazar la equivalencia o identificación material y dogmática entre el concepto de perjuicio patrimonial con la puesta en peligro del patrimonio.

CUADRAGÉSIMA. Es de destacar que el nuevo tipo penal de administración desleal contemple una coincidencia lógico-material entre el objeto jurídico de protección y el objeto material de la acción. Porque el bien jurídico del art. 252 CP es el patrimonio administrado y el objeto material lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio total sobre los que se ejerce de manera excedida o abusiva las facultades de

administración que sobre el patrimonio se ostenta. No es necesario que el objeto de la acción sea el patrimonio íntegro de un tercero, del titular del mismo, es decir que, puede integrar el objeto de esta infracción una parte o un conjunto de activos del mismo (una cartera de acciones o unas fincas, por ejemplo). Lo importante es destacar que, la infracción del deber de protección patrimonial repercute de manera directa en un perjuicio al patrimonio administrado, un perjuicio actual o futuro del patrimonio administrado. El objeto material se circunscribe al patrimonio, es decir, a los componentes del patrimonio sobre los que repercute la acción delictiva. Por tanto, puede ser ejercitado sobre cualquiera de sus componentes materiales.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA. Si el bien jurídico es el patrimonio administrado, el sujeto pasivo es quien ostenta la titularidad de aquel patrimonio. En los supuestos de administración desleal cometido por el órgano de administración, el único sujeto pasivo lo constituye la sociedad titular del patrimonio administrado deslealmente, del patrimonio cuyo perjuicio es consecuencia de un comportamiento que infringe el especial deber de protección patrimonial al que el órgano de administración se encuentra obligado respecto de la sociedad. Esto quiere decir que, en función de la relación jurídica previa entre administrador y el titular del patrimonio administrado, se determinará la persona concreta susceptible de ser sujeto pasivo (y activo) del delito del art. 252 CP. En este sentido, el texto del tipo legal señala que las fuentes de las que deriva la relación jurídica son tres: la ley, la orden o decisión de una autoridad y, un contrato o negocio jurídico.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA. Respecto de la autoría, la nota definitoria en el delito de administración desleal viene señalada, por el deber de cuidado patrimonial que incumbe a una persona, a la que, en concreto, le ha sido encomendada la facultad jurídica de decisión autónoma de administrar (o gestionar) un patrimonio ajeno, en el sentido de que dicho sujeto goza de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión de dicho patrimonio, y en relación al cual (al margen de discrecionalidad), puede producir un ataque al patrimonio administrado. Únicamente la existencia de ese margen de discrecionalidad relevante en la administración (total o parcial) de ese

patrimonio ajeno, hace aparecer con claridad la obligación de protección patrimonial que es carácter común a los autores del delito de administración desleal. El deber puede ser asumido por parte del sujeto administrador de diversas maneras, en función al origen normativo de la relación jurídica entre administrador y titular del patrimonio administrado: la ley, una decisión de autoridad o un negocio jurídico, siendo indiferente cuál sea la fuente concreta de la que nace la capacidad jurídica de gestionar o administrar el patrimonio ajeno. Es indiferente la denominación de la función: administrador, gestor, representante, mandatario, apoderado, padre, tutor, curador, albacea, etc., lo importante está en el ejercicio material de las tareas y competencias que debe asumir quien ostenta el cargo para administrar o gestionar un patrimonio ajeno.

De la misma manera, de acuerdo con el texto legal, el administrador puede ser de hecho o de derecho, con título positivo, efectivo y real, o sin él, siempre que se encuentre en igual relación en orden a la administración de un patrimonio ajeno. Tanto el administrador de derecho como el de hecho, pueden ser considerados autores del delito. De *lege ferenda*, para una mejor determinación del tipo, debería incluirse directamente su mención. Por otro lado, no existe inconveniente dogmático alguno para admitir que una persona jurídica sea susceptible de ser sujeto activo de un delito de administración desleal. Por lo que, aunque no se contempla en el CP, de *lege ferenda*, debería incluirse la punibilidad de este delito cuando es cometido por personas jurídicas.

Al ser un delito de infracción de deber no es posible apreciar una coautoría o autoría mediata, en el primer caso nos encontramos ante supuestos de autoría múltiple, porque cada administrador interviniente infringe su propio deber de manera simultánea y confluyente. En el segundo porque el administrador infringe el deber y se produce la tipicidad de manera inmediata.

CUADRAGÉSIMA TERCERA. En el ámbito de la administración desleal, la tentativa constituye una posibilidad cierta porque nos encontramos ante un delito de resultado. La tentativa será punible si nos encontramos ante un grave comportamiento de deslealtad. La tentativa en este tipo penal supone

siempre la infracción del deber que le incumbe al administrador, pero que por causa ajena a su voluntad no ocasiona el perjuicio. Se debe comprobar que los elementos del tipo de tentativa están presentes: a) la ejecución parcial o total no seguida de consumación de hechos exteriores que deberían producir el resultado de lesión o de perjuicio patrimonial exigido por el art. 252 CP; b) la infracción del deber del administrador (decisión de consumir el delito); y, c) el dolo típico.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Resumiendo, todas las objeciones y todas las propuestas *de lege ferenda* que hemos realizado a lo largo de la investigación, se debería reformar el tipo de administración desleal en los siguientes términos:

“Artículo 252.

1. Será punible con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, el comportamiento, por acción u omisión, del administrador de hecho o de derecho, que con ocasión de la infracción de su deber de lealtad y protección patrimonial que ostenta en el marco de las facultades de administración, cause un perjuicio al patrimonio ajeno administrado.
2. Las facultades de administración, gestión y representación, surgen siempre de la ley; en su caso, pueden ser encomendadas por la autoridad competente o ser asumidas mediante un negocio jurídico.
3. El comportamiento del administrador capaz de producir un perjuicio patrimonial se puede configurar de alguna de las siguientes maneras:
 - a) Disposición de bienes patrimoniales;
 - b) Contracción de obligaciones a cargo del titular del patrimonio administrado; y,
 - c) Comportamientos que impiden un aumento futuro del patrimonio o que causan una disminución futura de aquel, cuando la probabilidad de incremento patrimonial o en su defecto, de una futura disminución patrimonial, es razonablemente cierta de haber el

administrador actuado de conformidad a los deberes que le incumbían.

4. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable de la administración desleal, una persona jurídica, se impondrán las penas según lo previsto en el art. 251 bis.”

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁZQUEZ, M.: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, (publicado en el Libro-Homenaje a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, coord. URQUIZO, J.), 2006.
 - *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Ed. Palestra, Lima, 2001.
- AFTALIÓN, E.: *Derecho Penal Económico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
- AGUIRRE LÓPEZ, J.: «El artículo 297 del Código penal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
- ALBALADEJO GARCÍA, A.: *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, Ed. Edisofer, Madrid, 2004.
- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, JAÉN VALLEJO, M., MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ PRADO, C., PERRINO PÉREZ, Á.: «La reforma del Código Penal. Parte Especial I», en *www.elderecho.com*, 13 de abril de 2015.
- ALEXY, R.: «Derechos individuales y bienes colectivos», en *El concepto y la validez del derecho*, trad. SEÑA, J., Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *InDret*, marzo de 2002.

- ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien Jurídico Penal: más allá del Constitucionalismo de los Derechos*”, en *EPCr*, vol. XXIX, 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J.: «Bien jurídico y Constitución», en *CPC*, núm. 43, 1991.
- ALLER, G.: «White collar crime: EDWIN SUTHERLAND y “El delito de cuello blanco”», en *RdDPP*, núm. 6, febrero de 2005.
- ÁNGEL YAGÜEZ (DE), R.: «Comentario art. 7.2», en *Comentario del Código Civil*, t. I., dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- ANTÓN ONECA, J.: «La estafa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX, Ed. Seix, Barcelona, 1958.
- ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos societarios en el Proyecto de 1992», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Colección Estudios, 1994.
 - *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981.
- ASÚA BATARRITA, A.: «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones): La teoría de la frustración del fin», en *ADPCP*, 1993.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: «Argumentación y legislación», en *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, coords. DÍEZ RIPOLLÉS, J., PRIETO DEL PINO, A., SOTO NAVARRO, S., Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2005.
 - *Contribuciones a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

- BACIGALUPO SAGESSE, S.: «Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal», en *RDPCr*, núm. 1 extraordinario, 2000.
 - *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal en el nuevo Código penal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
 - «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en *CDJ*, 1994.
 - «La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la UAM del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005.
 - «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en *Curso de Derecho penal económico*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., segunda edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
 - «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal», en *V Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

- «Problemas constitucionales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la administración desleal», en *LH al PROF. RODRÍGUEZ RAMOS, L.*, coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *Delitos impropios de omisión*, Ed. Pannedille, Madrid, 1970.
- *Derecho Penal*, Parte General, segunda edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- *Principios de Derecho penal*, Parte General, quinta edición, Ed. Akal, Madrid, 1998.
- *Principios de Derecho penal*, Parte General, cuarta edición, Ed. Akal, Madrid, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*, segunda edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos, segunda edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Administración desleal y apropiación indebida», en *La Ley*, núm. 5229, 19 de enero de 2001.
- «La Constitución económica española y el Derecho penal», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal, algunos problemas científicos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.

- *Los delitos de estafa en el Código penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BARATTA, A.: «Integración-Prevención: una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica», en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985.
- «Principios de Derecho penal mínimo», en *Criminología y sistema penal* (Compilación *in memoriam*), trad. LENZI, B., Ed. B de F, Buenos Aires, 2004.
- BARBERO SANTOS, M.: «Prólogo», en *La reforma penal*, Delitos socio-económicos, edit. BARBERO SANTOS, M., Ed. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1985.
- BAZA DE LAFUENTE, M.: *El delito fiscal: particular referencia al artículo 305 del Código penal*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2003.
- BECK, U.: «Retorno a la teoría de la «Sociedad del Riesgo»», en *Boletín de la AGE*, núm. 30, 2000.
- *La sociedad del riesgo global*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 2002.
- *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.
- *Las políticas ecológicas en la edad del riesgo*, Ed. Roure, Barcelona, 1998.
- BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de derecho español por DE LOS MOZOS, J., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BIONDI, B.: *Los bienes*, trad. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

- BLOUNT, E.: *Occupational crime: deterrence, investigation, and reporting in compliance with federal guidelines*, Ed. CRC Press, Florida, 2002.
- BODERO CALI, E.: *Teoría económica de la delincuencia*, El neoliberalismo como factor criminógeno, Ed. Ateneo Jurídico, Guayaquil, 2010.
- BOTTKE, W.: «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coords. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
 - «Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la Universidad Autónoma de Madrid del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- BURGOS PAVÓN, C.: *Derecho penal. Delitos I*, Ed. Ediciones CEF, Madrid, 2015.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», en *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.
 - *Manual de Derecho penal*, Parte General, cuarta edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994.
- BUSTOS RUBIO, M.: *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2015.

- CALDERÓN CEREZO, A.: «La administración fraudulenta de patrimonios como delito societario», en *Gaceta Fiscal*, núm. 171, Madrid, 1998.
- CAMPIONE, R., «El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la KOLLATERALSCHÄDENGESSELLSCHAFT», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P, RECASENS, A, Ed. Atelier, 2003.
- CARBONELL MATEU, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., CORCOY BIDASOLO, M., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., GALLEGU SOLER, J., GÓMEZ MARTÍN, V., HORTAL IBARRA, J.: *Manual práctico de Derecho penal parte especial*, doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados, dir. CORCOY BIDASOLO, M., segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CARDONA TORRES, J.: *Derecho penal parte especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.
- CARO JOHN, J.: «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en <https://www.unifr.ch>, en 2003.
 - «Sobre la autoría en el delito de infracción de deber», publicado en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, Núm. 80, 2006.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1987.
- CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «17.6. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado» en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., coord. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- CASTRO MORENO, A.: «El concepto penal de sociedad en los delitos societarios», en *Jueces para la Democracia*, núm. 31, 1998.
 - *El delito societario de administración desleal (art. 295)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CASTRO Y BRAVO (DE), F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, 2004.
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal*, Parte General, quinta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «Comentario art. 295», en *Código Penal Comentado, con concordancias y jurisprudencia*, t. I, arts. 1 al 318 bis, dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
 - «De los delitos societarios», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid, 1997.
 - *Apropiaciones indebidas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario al art. 22.2 CP», en *Código Penal Comentado, con concordancias y jurisprudencia*, t. I, arts. 1 al 318 bis, dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, M., Y OTROS: *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, t. 1, dir. CORCOY BIDASOLO, M., coord. VERA SÁNCHEZ, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CORCOY BIDASOLO, M.: «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, núm. 8, 2012.

- «Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo», en *Derecho penal del siglo XXI*, Ed. CDJ, Madrid, 2008.
- *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CRANSTON, M.: «JHON LOCKE and Government by consent», en *Political ideas*, dir. THOMSON, D., Ed. Penguin Books, Baltimore, 1969.
- CUESTA AGUADO (DE LA), P.: «Sociedad del riesgo y Derecho penal», en *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, coord. REYNA ALFARO, L., Ed. Ara Editores, Lima, 2005.
- CUGAT MAURI, M.: «De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, dir. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.: «Acerca de la mal llamada “apropiación indebida” de dinero», en *AJA*, núm. 335, marzo de 1998.
- DEMETRIO CRESPO, E.: «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, dir. SERRANO-PIEDRECASAS, J., DEMETRIO CRESPO, E., Ed. Colex, Madrid, 2010.
- Diario *El País*, «Volkswagen sufre la mayor caída en cuota desde el escándalo por fraude», reportaje elaborado por Bloomberg, Múnich, 15 de diciembre de 2015.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión», en *Nuevo foro penal*, núm. 83, 2014.

- «Problemas dogmáticos de la administración desleal: en especial autoría y omisión», en *www.fiscal.es.*, última visita el 20 de febrero de 2016.
- DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Prólogo», en *Código Penal y legislación complementaria*, vigésimo primera edición, Ed. Civitas, Madrid 1996.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., POLO VEREDA, J.: *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2002.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Los delitos societarios en la reforma penal», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la UAM, Madrid, del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, décimo primera edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «La nueva política criminal española», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Cuadernos penales LIDÓN, J., Bilbao, 2004.
- *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cuarta edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- EMBID IRUJO, J.: «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, 2004.
- Enciclopedia Jurídica Omeba.

- ESCOBAR VÉLEZ, S.: *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «Interés Social, Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en *Responsabilidad Social Corporativa*, Universidad Jaume I, 2005.
 - «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital», en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, dir. BOLAS, Estudios de Derecho Judicial, 2000.
 - *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.
 - *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- FARALDO CABANA, P.: “*Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - «Consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades», en *RdS*, núm. 18, 2002.
 - *Los delitos societarios*, segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - *Los delitos societarios*, primera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos socioeconómicos», en *Diccionario de Derecho penal económico*, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.

- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Ed. Reus, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la empresa*, dir. CORCOY BIDASOLO, M., Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.
- FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A.: «Comentario al art. 22», en *Código penal, comentado y con jurisprudencia*, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., segunda edición, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- *Los delitos societarios en el Código penal español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ, G.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2004.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., RUIZ MIGUEL, A., BAYÓN MOHINO, J., TERRADILLOS BASOCO, J., CANTARERO BANDRÉS, R., Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FERRÉ OLIVÉ, J.: «La administración social fraudulenta (art. 295 del Código Penal)», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, coords. GALÁN CORONA, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- «Las falsedades en la información social (art. 290 del Código Penal)», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, coords.

GALÁN CORONA, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

- FERRER SAMA, A.: *El delito de apropiación indebida*, Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Murcia, Murcia, 1945.
- FILANGIERI, G.: *La Ciencia de la Legislación* (1780-1785), varios tomos, trad. RUBIO, J., Ed. Imprenta Núñez, Madrid, 1822.
- FRISCH, W.: «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coord. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- GALAIN PALERMO, P.: *Delitos económicos*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Derecho de la empresa y del mercado*, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GALLEGO SOLER, J.: «Capítulo XIII. De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal*, reforma LO 5/2010, dir. CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «Sección 2ª de la Administración desleal», en *Comentarios al Código penal*, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, dir. CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., coord. VERA SÁNCHEZ, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, segunda edición, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2015.

- GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
 - «Consideraciones sobre los delitos societarios en el Código Penal», en *Economist & Jurist*, 1996.
- GARCÍA CAVERO, P.: «La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía», en *LH al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, coord. ALONSO ÁLAMO, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
 - *Derecho penal económico*, Parte General, Ed. ARA, Lima, 2003.
 - *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA GARCÍA, J.: «Teoría general del patrimonio», en *Estudios en homenaje al profesor Díez Picazo*, L, t. I, Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Ed. Comares, Granada, 2003.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte Especial, segunda edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2015.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal*, cuarta edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.

- *Tratado de derecho mercantil*, Obligaciones y contratos mercantiles t. III, vol. I, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964.
- GENY, F.: «La Technique Législative dans la Codification civile moderne», en *Le Code Civil 1804-1994*, vol. II, Livre du Centenaire Publié par la Société d'Études Législatives, Ed. Arthur Rousseau, 1904.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.: «Comentario del art. 1271 del CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.
- GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, segunda edición, dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J., coords. GÓRRIZ ROYO, E., MATA LLÍN EVANGELIO, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.
- «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», en *ADPCP*, vol. LXVI, 2013.
- «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, t. XLVII, fasc. III, sep.-dic., 1994.
- «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *ADPCP*, t. L, 1997.

- «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en *Libro Homenaje al PROF. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en *ADPCP*, t. LIV, 2001.
- «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», en *ADPCP*, t. XL, fasc. III, septiembre-diciembre, 1987.
- *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, Madrid, 1966.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1990.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2007.
- GIMENO SENDRA, V.: «Prologo», en *Delitos Socioeconómicos*, Comentarios a los arts. 262, 270 al 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia), autores: MORENO CÁNOVES, A., RUÍZ MARCO, F., Ed. Edijus, Zaragoza, 1996.
- GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal», en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Ed. Banco Central Hispano, Madrid, 1996.
- «Corrupción y delito de administración desleal», en *La Ley*, núm. 5167, 23 de octubre de 2000.

- «De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal», en *La Ley*, núm. 4680, 1998.
- «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles», en *La Ley*, núm. 4237, 26 de febrero de 1997.
- «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal (títulos VIII y V)», en *ADPCP*, 1980.
- *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.
- *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: «La “actuación por otro” y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en *Estudios penales en Homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.
- *Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- *Los delitos especiales*, Ed. Edisofer y B d F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: «Significado y alcance de la técnica normativa», en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Ed. Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, Madrid, 1991.

- GÓMEZ PAVÓN, P.: «Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código penal», en *Dogmática y Ley Penal*, LH al PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO, coords. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ZUGALDÍA ESPINAR, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GÓMEZ-JARA, C., «La problemática de la administración desleal en los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?», en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., GARCÍA CAVERO, P., Ed. ARA, Lima, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII)», en *Derecho Penal, Parte Especial*, cuarta ed., Ed. Tirant lo Blanch, coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J., Valencia, 2015.
 - «Lección XXIX Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios», en *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
 - *Derecho Penal, Parte Especial*, VV. AA., tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GONZÁLEZ PEREZ, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Ed. Civitas, segunda edición, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ RUS, J.: «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código penal de 1992», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la UAM, Madrid, del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005.

- «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)», en *Sistema de Derecho penal español*, Parte Especial, coord. MORILLAS CUEVA, L., Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero», en *Compendio de Derecho penal español*, Parte Especial, dir. COBO DEL ROSAL, M., t. IX, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- «Delitos contra la propiedad», en *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, vol. II, dir. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Edersa, 1992.
- *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial, I, dir. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Marcial Pons, Madrid 1996.
- GONZÁLEZ VIZCAYA, E.: «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *Actualidad Penal*, núm. 10, marzo de 1997.
- GOYENA HUERTA, J.: «El hurto», en *El hurto, el robo y el hurto y el robo de uso de vehículos*, MUÑOZ CUESTA, J., ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GRACIA MARTÍN, L.: «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.

- *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Teoría General, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- GRIFFITHS, D., SANDERS, A., and OTHERS: *Bioethics, Medicine and the Criminal Law: Medicine, Crime and Society*, Ed. Cambridge University Press, vol. 2, first published, Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sao Paulo-Delhi-Mexico City, 2013.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario del art. 1911 del CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R, SALVADOR CODERCH, P, Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.
- GUTIÉRREZ ZARZA, M.: «Investigación y enjuiciamiento de los “delitos de cuello blanco” en el sistema judicial norteamericano», en *ADPCP*, t. L, Madrid, 2000.
- HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: «Viejo y nuevo Derecho penal», en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995.
- *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española

a cargo de ALCÁCER, R, MARTÍN, M, ORTIZ DE URBINA, Í., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

- «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado*, dir. BUSTOS RAMÍREZ, trad. LARRAURI, E., Ed. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.
- «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», en *ADPCP*, trad. LARRAURI, E., t. XLV, 1992.
- «Viejo y nuevo Derecho penal», en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE, F., DÍAZ PITA, M., Ed. Temis, Bogotá, 1999.
- *Critica al Derecho penal de hoy*, Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, trad. ZIFFER, P., segunda edición 1998, primera reimpresión, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- HAVA GARCÍA, E.: «Administración desleal», en *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Penal de Empresa, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2005.
- HEBBERECHT, P.: «Sociedad de riesgos y política de seguridad», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P, RECASENS, A, Ed. Atelier, 2003.
- HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 19, trad. SALAZAR ORTUÑO, E., 2001.
- HEGEL, G.: *Fenomenología del Espíritu*, primera edición 1966, trad. ROCES, W., Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1985.

- HERMOSILLA, R.: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Ed McGraw Hill, Madrid, 1996.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: «La administración desleal en el Derecho penal chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005.
- HERRERA VILLANUEVA, J.: «El patrimonio», en *Revista mexicana de derecho*, Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal, año 15, enero-diciembre 2014.
- HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones penales patrimoniales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- *Los delitos económicos, Perspectiva jurídica y criminológica*, Ed. Ministerio del Interior Secretaria General Técnica, Madrid, 1992.
- HERZOG, F.: «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del Derecho penal», en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coords. ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., NIETO MARTÍN, A., trad. CRESPO, E., Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- HILL, E.: «Criminalidad Capitalista», en *Congreso Internacional sobre la Prevención y Represión del Crimen*, Londres, 1872.
- HIRSC (VON), A.: «El concepto de Bien Jurídico y el principio del daño», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de ALCÁCER, R, MARTÍN, M, ORTIZ DE URBINA, Í., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.

- HUERTA TOCILDO, S.: *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- ÍÑIGO CORROZA, M.: *Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
- JAÉN VALLEJO, M.: «La administración desleal como delito de infracción de deber», en *Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 11, junio 2010.
- JAKOBS, G.: «La competencia por organización en el delito omisivo», en *Estudios de Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, M., Ed. Civitas, Madrid, 1997.
 - *Derecho penal*, Parte General, trad. CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., segunda edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
 - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. CANCIO MELIÁ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B., primera edición 1996, segunda reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., quinta edición, Ed. Comares, Granada, 2002.
- JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, trad. MIR PUIG, S., MUÑOZ CONDE, F., Ed. Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928*, Parte general, t. I, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.: «Sociedad del riesgo e intervención penal», en *RECPC*, 16-08, 2014.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: «De los delitos societarios y contra los consumidores», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Revista Jurídica General, tercera época, núm.1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Código penal»), abril-mayo 1996.
- JUANATEY DORADO, C.: «Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, dir. BOIX REIG, J., BERNARDI, A., coord. CAMPOS CRISTÓBAL, R., Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- KINDHÄUSER, U.: «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», en *InDret*, trad. PASTOR, N., Barcelona, 2009.
- LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, segunda edición 1994, cuarta reimpresión, Ed. Ariel, Barcelona, 2010.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.: «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Libro Homenaje al PROF. KLAUS TIEDEMANN, Ed. BOE, Madrid, 1995.
- LESCH, H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Ed. Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- LISZT (VON), F.: *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Valleta, Buenos Aires, 2007.
- LOCKE, J.: *Segundo tratado de gobierno*, Ed. Ágora, Buenos Aires, 1959.
- *Two Treatises of Government*, Ed. Awnsham Churchill, 1689.

- LOMBROSO, C. (EZECHIA MARCO CESARE LOMBROSO): *Tratado Antropológico Experimental del Hombre Delincuente*, Ed. Hoepli, Milán, 1876.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Civitas, Pamplona, 2010.
 - «La gestión desleal del patrimonio ajeno», en *Derecho y Empresa*, Ed. Dijusa, núm. 1, febrero de 2005.
 - «La malversación como delito de administración desleal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
 - *La reforma de los delitos económicos*, La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles, Ed. Civitas, Madrid, 2015.
- LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARAN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Ed. Eurojuris, Madrid, 1996.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.: «Sobre la tutela penal del patrimonio», en *ADPCP*, 1965.
- LUHMANN, N.: *La sociedad de la sociedad*, Ed. Herder, 2007, trad. TORRES, J., México, 2007.
- LUNA SERRANO, A.: «Comentario al art. 1088 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- LUZÓN CUESTA, J.: *Compendio de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- LUZÓN PEÑA, D., ROSO CAÑADILLAS, R.: «Concurso entre apropiación indebida y administración desleal», en *Diccionario de Derecho Penal*

- Económico*, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- «La administración desleal societaria en el derecho penal español», en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Administración desleal, dir. BOIX REIG J., coord. LLORIA GARCÍA P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.
 - LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
 - LLEBOT MAJO, J.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
 - MADRIGAL GARCÍA, C., RODRÍGUEZ PONZ, J.: *Contestaciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Carpen S. L., Madrid, 1996.
 - MAGALDI PATERNOSTRO, M.: «Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: Criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras», en *Derecho Penal económico*, Estudios de Derecho Judicial, dir. GIMENO JUBERO, M., Ed. CGPJ, núm. 72, 2005.
 - MAGGIORE, G.: *Derecho penal*, Delitos en particular contravenciones en particular, Ed. Temis, Bogotá, 1989.
 - MANZANARES SAMANIEGO, J.: «El nuevo delito de administración desleal», en *Diario La Ley*, núm. 8046, Sección Doctrina, 19 de marzo de 2013.
 - «Los administradores y altos directivos en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, 1997-1.
 - MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio de confianza en Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, B.: «De la administración desleal», en *Código penal comentado*, dir. ROMA VALDÉS, A., Ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del ‘Big Crunch’ en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003.
- «Delitos societarios», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (Parte especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.
- «El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)», en *EPCr*, Proyecto de investigación Delitos económicos, dir. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Universidad de la Coruña, vol. XVII, Santiago de Compostela, 1994.
- «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *EPCr*, vol. XXXV, 2015.
- *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, quinta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, cuarta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *Derecho Penal Económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.
- *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre 1992.
 - «Los delitos societarios», en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico III*, Madrid, 1996.
- MATA BARRANCO (DE LA), N.: «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 34, 1994.
 - *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Ed. PPU, Barcelona, 1994.
- MATA Y MARTÍN, R.: «Estructura fundamental del delito de administración desleal», en *El nuevo Derecho penal español*, Estudios Penales en memoria del PROFESOR JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, coords. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
 - «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», en *RdS*, núm. 5, 1995.

- «Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del art. 295 del Código penal», en *RdS*, núm. 13, 1999.
- *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997.
- *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Derecho español por CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- MAYO CALDERÓN, B.: *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de Lege Ferenda*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- MEINI MÉNDEZ, I.: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MENDOZA BUERGO, B.: «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P, RECASENS, A, Ed. Atelier, 2003.
- *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, 2001.
- MERINO HERRERA, J.: *Política Criminal y Delincuencia Organizada*, Especial consideración del fenómeno terrorista, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2010.
- MESTRE DELGADO, E., VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la PANCP de

- 1983», en *Documentación Jurídica*, t. IV, Madrid: Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, abril-junio 1987.
- MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, coord. LAMARCA PÉREZ, C., Ed. Colex, Madrid, 2001.
 - MIR PUIG, S.: «Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi», en *EPCr*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
 - *Derecho penal*, Parte General, novena edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
 - *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
 - MISES (VON), L.: *La acción humana*, Tratado de economía, cuarta edición, Ed. Unión Editorial, Madrid, 1986.
 - MOCCIA, S.: «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro homenaje a CLAUS ROXIN, trad. RAGUÉS I VALLÈS, R., edit. SILVA SÁNCHEZ, J., Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
 - MONTES PENADES, V.: «Comentario al art. 348 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
 - MORA-DONATTO, C., SÁNCHEZ GÓMEZ, E.: *Teoría de la Legislación y Técnica Legislativa*, Una forma nueva de entender y ejercer la función legislativa, primera edición, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas del H. Congreso del Estado de Tamaulipas, 2012.
 - MORALES PRATS, F.: «Dos cuestiones sobre delitos societarios. La frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de

sociedades, y el ámbito incriminador de los artículos 291 y 292 C.P.», en *RdDPP*, núm. 2, 1999.

- «Los delitos societarios», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., novena edición, Ed. Arazandi, Navarra, 2011.
- MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos: comentarios a los arts. 262, 270 a 30 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Ed. Edijus, Zaragoza, 1996.
- MORENO QUESASA, L.: «Capítulo 17. El patrimonio», en *Curso de Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona*, coord. SÁNCHEZ CALERO, F., quinta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MOZOS (DE LOS), J.: «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *Revista de Derecho Privado*, 1991.
- MUÑOZ CLARES, J.: *El robo con violencia o intimidación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal*, Parte General, octava edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F.: «¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.
- «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.

- «Delitos societarios», en *La reforma de la justicia penal* (Estudios en homenaje al Prof. KLAUS TIEDEMANN), coords. GÓMEZ COLOMER, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.
- «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», en *CPC*, 1982.
- «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002.
- *Derecho penal*, Parte Especial, décimo octava edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- *Derecho Penal*, Parte Especial, décimo séptima edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- *Derecho penal*, Parte Especial, vigésima edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *El delito de alzamiento de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1971.
- MUÑOZ CUESTA, J.: «Delitos societarios: administración fraudulenta y apropiación indebida», en *AJA*, núm. 440, 2000.
- NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa y Derecho penal», en *EPCr*, vol. XXX, 2010.
- NIETO MARTÍN, A., FOFFANI, L., «Corporate Governance y Administración Desleal: Casos y Problemas de Derecho Comparado Europeo», en *Revista Penal*, núm. 17, 2006.
- NIETO MARTÍN, A.: «17.7. Administración desleal», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA,

F., coord. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *El delito de administración fraudulenta*, primera edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1996.

- OBREGÓN GARCÍA, A., GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito*, segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal, Parte General*, t. I., segunda edición, Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: *Teoría de la legislación y derecho penal: la aprobación del Código penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto vista de la teoría de la legislación*, trabajo inédito, disponible en el Campus Global de la Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, sin fecha.
- ORTS BERENGUER, E., «La administración fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Código penal de 1994», en *Falsedad y defraudaciones*, dir. MUÑOZ CONDE, F., CGPJ, Madrid, 1995.
- PAREDES CASTAÑÓN, J., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.: «Responsabilidad penal y división del trabajo en la actividad productiva», en *El caso de la colza: responsabilidad*

- penal por productos adulterados o defectuosos*, PAREDES CASTAÑÓN, J., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- «Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P, RECASENS, A, Ed. Atelier, 2003.
 - PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en *Lecciones de Derecho penal*, Parte Especial, cuarta edición, Ed. Atelier, 2015.
 - *El delito de administración desleal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.
 - PASTOR MUÑOZ, N.: «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dirs. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2013.
 - «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», en *InDret*, Barcelona, octubre de 2006.
 - *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
 - PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito de falsedad en los documentos sociales del artículo 290 del Código penal*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2015.
 - PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *Curso de Derecho mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
 - PEDRAZZI, C.: «El bien jurídico en los delitos económicos», en *La reforma penal*, Delitos socio-económicos, edit. BARBERO SANTOS, M.,

Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985.

- PEÑARANDA RAMOS, E.: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.
 - «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *LH a GIMBERNAT ORDEIG*, E., Ed. Edisofer, t. II, Madrid, 2008.
 - *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Ed- Civitas, Madrid, 1991.
- PÉREZ CEPEDA, A.: «Criminalidad de la empresa: problemas de autoría y participación», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002.
 - *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: «El tipo subjetivo en la administración desleal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
 - «Introducción al Derecho penal económico», en *Curso de Derecho penal económico*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PÉREZ VALERO, I.: «Los distintos conceptos de delito societario del Código Penal de 1995», en *La Ley*, núm. 5251, 20 de febrero de 2001.
- PINDYCK, R., RUBINFELD, D.: *Microeconomía*, trad. y rev. técnica ROBASCO E., TOHARIA, L., séptima edición, Ed. Pearson, Madrid, 2009.

- POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974.
- POLO VEREDA, J., «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en *La Ley*, 1998-2.
- PORTER, M., KRAMER, M.: «La creación de valor compartido: como reinventar el capitalismo y liberar una oleada de innovación y crecimiento», en *Harvard Business Review* (edición para América latina), enero-febrero de 2011, vol. 89, núm. 1, Ed. Impact Media Comercial, Chile, 2010.
- PRECIADO DOMÉNECH, C.: «XXIX. La apropiación indebida», en *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, A: «Apropiación indebida y administración desleal: Una propuesta de diferenciación», en *La Ley*, 2014-1.
- PRIETO NAVARRO, E.: «Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P, RECASENS, A, Ed. Atelier, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, quinta edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.

- *Derecho penal español*, Parte Especial, séptima edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *Derecho penal español*”, Parte Especial, sexta edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.: *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, Málaga, 2003.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: *La responsabilidad civil de los administradores*, primera edición 1985, primera reimpresión, Ed. Universidad de Valladolid, 1989.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho penal*, t. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.
- *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1964.
- QUINTERO OLIVARES, G.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., novena edición, Ed. Aranzandi, Navarra, 2011.
- «Límites problemáticos: apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad documental», en *RdDPP*, núm. 1, 1999.
- «Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre-diciembre de 1996.
- *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., quinta edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

- *El alzamiento de bienes*, Ed. Praxis, Barcelona, 1973.
- RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, cuarta edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- RAMOS RUBIO, C.: «XXX. El nuevo delito de administración desleal», *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- RECASENS I BRUNET, A.: «Globalización, riesgo y seguridad: el continuóse de lo que alguien empezó», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. DA AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA AMADO, J., HEBBERECHT, P, RECASENS, A, Ed. Atelier, 2003.
- REQUENA JULIANI, J.: *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio. Posición de garante e imputación objetiva*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- RIBAS FERRER, V.: *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis doctoral inédita, UAB, Barcelona, 2004.
- RIGGI, E., ROBLES PLANAS, R.: «El extraño art. 65.3 del Código penal», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires-Montevideo, 2014.
- RÍOS CORBACHO, J.: «Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)», en *Derecho y proceso penal*, núm. 13, 2005.
- «Aspectos controvertidos del delito de administración fraudulenta del patrimonio social (art. 295 CP)», en *RdDPP*, núm. 16, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Teoría general del patrimonio», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.
 - *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROCA SASTRE, R.: «El patrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, 1926.
- ROCCO, A.: *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, trad. SEMINARA, G., Ed. B de F, Montevideo, 2001.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.: «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad», en *ADPCP*, 1960.
 - *Derecho penal español*, Parte Especial, revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, A., décimo octava edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: «Defraudaciones», en *Estudios sobre el Código penal reformado*, dir. MORILLAS CUEVA, L., Ed Dykinson, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Criminología*, primera edición, Ed. Porrúa, Buenos Aires, 1979.
- RODRÍGUEZ MESA, M.: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Administración societaria fraudulenta y Derecho Penal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, «Caso Banesto»)\», en *RDPCr*, núm. 9, 2002.

- «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, dir. BOIX REIG, J., BERNARDI, A., coord. CAMPOS CRISTÓBAL, R., Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», en *ADPCP*, t. XXXVII, 1984.
- *Derecho penal. Parte general*, primera edición, Ed. Civitas, 1976.
- *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.
- «Aspectos Generales de los delitos societarios», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Ed. Universidad del País Vasco, 1996.
- «Los nuevos delitos pseudosocietarios», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1, tercera época, 1996.
- RODRÍGUEZ SASTRE, A.: *El delito financiero*, Madrid, 1934.
- RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.: «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en *La administración desleal*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) del CGPJ, Madrid, 1999.

- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.: «Comentario al art. 295», en *Código penal, comentado y con jurisprudencia*, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., segunda edición, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- ROJAS AGUIRRE, L.: «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», en *Revista Penal*, núm. 23, enero de 2009.
- ROSAL BLASCO (DEL), B.: «Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del art. 295 del Código Penal de 1995», en *LH al Prof. VALLE MUÑIZ*, Pamplona, 2001.
 - «Comentario», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, coord. VIVES ANTÓN, T., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia., 1996.
 - «Comentarios al Título XIII, Capítulo XIII: De los delitos societarios», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II (arts. 234 a Disposiciones Finales), coord. VIVES ANTÓN, T., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 - *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ROSO CAÑADILLAS, R.: «Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de reforma de 2013», en *CPC*, Época II, diciembre de 2014.
- ROSS, E.: «The criminaloid», en *The Atlantic Monthly*, 1907.
- ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», en *RECPC*, trad. CANCIO MELIÁ, M., 15-01, 2013.
 - *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. COELLO CONTRERAS, J., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
 - *Derecho Penal*, Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la segunda edición alemana y

- notas por: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- *Derecho Penal*, Parte General, t. II, Especiales formas de aparición del delito, trad. de la primera ed. alemana (2003) y notas por LUZÓN PEÑA, D. (dir.), PAREDES CASTAÑÓN, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., y otros, Ed. Civitas, 2014.
 - *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F., Ed. Bosch, 1972.
 - *Problemas actuales de dogmática penal*, Ed. Ara, Lima, 2004.
 - RUEDA MARTÍN, M.: «La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código penal», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.
 - SÁINZ PARDO, J.: *El delito de apropiación indebida*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
 - SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUIZ GARCÍA, J., RUBÍ PUIG, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., «Respondeat Superior I», en *InDret*, marzo de 2002.
 - SALVADOR CODERCH, P.: *Curso de técnica legislativa*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
 - SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
 - SÁNCHEZ LÁZARO, F.: «¿Cómo se elabora una propuesta de ley ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», en *RDPCr*, 2005/16.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, coords. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., vol. 2, Pamplona, 2006.
 - «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *LH PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
 - «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *CPC*, núm. 71, 2000.
 - «Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., Madrid, 2013.
 - *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
 - «Delito de infracción de deber», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.
 - «Réplica», en *La responsabilidad en los delitos especiales*, dir. ROBLES PLANAS, Ed. B d F, Buenos Aires Montevideo, 2014.
- SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños: evolución y dogmática (art. 263 Código penal)*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2003.

- SANTANA VEGA, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- SCHÜNEMANN, B.: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. CANCIO MELIÁ, M., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
 - «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», en *ADPCP*, trad. CANCIO MELIÁ, M., t. IXL, fasc./mes 1, 1996.
 - «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», en *LH al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, coord. ALONSO ÁLAMO, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
 - «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., GARCÍA CAVERO, P., Ed. ARA, Lima, 2010.
 - «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en *ADPCP*, trad. SPÍNOLA TÁRTALO, B., SACHER, M., vol. LV, 2002.
 - «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho penal en Alemania”*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. 8, 1992.
 - «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en *ADPCP*, t. XLI, fasc./mes 2, 1988.

- SEQUEROS SAZATORNIL, F., DOLZ LAGO, M.: *Delitos societarios y conducta afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, tercera edición, Ed. La Ley, 2013.
 - *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, segunda edición, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANA TÁRRAGA, M., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho penal*, Parte Especial, segunda edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Casos prácticos de Derecho penal*, quinta edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
 - *Curso de Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
 - *Derecho penal*, Parte Especial, décimo sexta edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- SILVA CASTAÑO, M.: «§ 18. Estudio de los arts. 252, 253 y 254 del Código penal. Especial consideración de las modalidades delictivas de la apropiación y la distracción como conductas previstas en el art. 252: la gestión del dinero ajeno y la administración desleal societaria del art. 295. El patrimonio histórico como objeto de protección en los delitos contra la propiedad», en *Curso de Derecho Penal económico*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
 - *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas», en *CDJ*, 1997.

- «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración», en *InDret*, 29 de abril, 2011.
- «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, coord. SCHÜNEMANN, B., DE FIGUEIREDO DIAS, J., edición española a cargo de SILVA SÁNCHEZ, J., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995.
- *El delito de omisión: concepto y sistema*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- *La expansión del Derecho penal*, segunda edición, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, tercera edición, Ed. B de F, 2011.
- SLOAN, A.: *Adventures of a White-Collar Man*, Ed. Boyden Sparkes, New York, 1941.
- SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003.
- STAMPA BRAUN, J., BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma del Derecho penal económico español*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

- STRATENWERTH, G.: «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de ALCÁCER, R, MARTÍN, M, ORTIZ DE URBINA, Í., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
 - *Derecho penal*, Parte General, trad. CANCIO MELIÁ, M., SANCINETTI, M., Ed. Arazandi, Navarra, 2005.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Comentarios al Código penal*, dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Ed. Civitas, Madrid, 1997.
 - SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos», en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, coords. SILVA SÁNCHEZ, J., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Ed. Grijley, Lima, 2001.
 - SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Los delitos societarios», en *Compendio de Derecho penal*, vol. II., dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., Ed. Ramón Areces, Madrid, 1998.
- SUTHERLAND, E.: «White-Collar Criminality», en *American Sociological Review*, vol. 5, febrero, 1940.
 - *El delito de cuello blanco*, Ed. B de F, trad. BOLLOQUI, L., Buenos Aires, 2009.
- TERRADILLOS BASOCO, J., ACALE SÁNCHEZ, M.: *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Seminario Internacional de Derecho Penal, Ed. Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: «Delitos contra el orden socioeconómico: los nuevos delitos societarios», en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal*

- de 1995, edit. ASÚA BATARRITA, A., Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.
- «Delitos societarios y grupos de empresas», en *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, edits. BAYLOS GRAU, A., COLLADO GARCÍA, L., Madrid, 1994.
 - «Los delitos societarios», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, edit. DEL ROSAL BLASCO, B., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
 - *Delitos societarios. El Derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Ed. Akal, Madrid, 1987.
 - *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
 - TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993.
 - *Manual de Derecho penal económico*, Parte General y Especial, trad. de la PG por: HERNÁNDEZ BASUALTO, H, ALDONAY RAMÍREZ, R, ABANTO VÁZQUEZ, M., de la segunda edición alemana de 2007, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.
 - VALMAÑA CABANES, A.: *Las acciones contra la sociedad y su administrador*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
 - VALLE MUÑIZ, J.: «Capítulo VI. De las defraudaciones», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., primera edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
 - «Capítulo VI. De las defraudaciones», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., quinta edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

- «De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, primera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- «De los delitos societarios», en *Comentarios al Código penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, quinta edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.
- *El delito de estafa: Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- VENTURA PÜSCHEL, A.: «Introducción a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho penal español*, Parte Especial II, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VERA RIVERA, A.: *Aspectos generales y comunes de los delitos societarios. Estudio del delito de abuso de mayorías en los órganos societarios (Artículo 291 del Código penal)*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2010.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, vigésimo tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VIVES ANTÓN, T., Y OTROS.: *Derecho penal*, Parte Especial, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- VIVES ANTÓN, T., Y OTROS.: *Derecho penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- VOGEL, J.: «Los límites constitucionales a la prevención del Derecho penal económico alemán», en *Derecho penal económico*, dir. ARROYO ZAPATERO, L., TIEDEMANN, K, Ed. Universidad de la Mancha, 1994.
- WELZEL, H.: *Derecho penal*, Parte General, trad. BUSTOS RAMÍREZ, décimo primera edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

- *Derecho penal*, Parte General, trad. FONTÁN BALESTRA, C., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- WOLF, E.: «Sobre la esencia del autor», en *RECPC*, trad. GUZMÁN DÁLBORA, J., 10-r4, 2008.
- ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Ed. Akal, Madrid, 1988.

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTACIÓN DEL
INJUSTO Y ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA**

JURISPRUDENCIA

I. ADMINISTRACIÓN DESLEAL

- STS de 23 junio de 1973
- STS de 17 marzo de 1981
- STS de 10 de octubre de 1990
- STS de 29 de enero de 1991
- STS de 31 de enero de 1991
- STS de 28 de mayo de 1991
- STS de 23 de abril de 1992
- STS de 2 de abril de 1993
- STS de 24 de febrero de 1994
- STS 1499/1994 de siete de marzo
- STS 1730/1994 de catorce de marzo
- STS de 17 de octubre de 1996
- STS de 30 de octubre de 1997
- STS 7471/1997 de 9 de diciembre
- STS 224/1998 de 26 de febrero (caso “*Argentia Trust*”).
- STS 530/1998 de 3 de abril
- STS de fecha 17 de octubre de 1998
- STS 840/2000 12 de mayo
- STS 1318/2000 de 14 de julio
- STS de 22 de septiembre de 2000
- STS 1803/2000 de 21 de noviembre
- STS 253/2001 de 16 de febrero
- STS 1040/2001 de 29 de mayo
- STS 867/2002 de 29 de julio (caso “*Banesto*”)
- STS 1835/2002 de 7 de noviembre

- STS 1953/2002 de 26 de noviembre
- STS 2017/2002 de 3 de febrero de 2003
- STS 1123/2003 de 16 de septiembre
- STS de 22 de octubre de 2003
- STS 554/2003 de 2 de febrero de 2004 (caso “KIO”)
- STS 1217/2004 de 2 de noviembre
- STS 37/2006 de 25 de enero
- STS 769/2006 de 7 junio
- STS 828/2006 de 21 de julio de 2006
- STS 841/2006 de 17 de julio
- STS 1114/2006 de 14 de noviembre
- STS 769/2006 de 7 de junio
- STS 279/2007 de 11 de abril
- STS de 21 de junio de 2007
- STS 374/2008 de 24 de junio
- STS 623/2009 de 19 mayo
- STS 91/2010 de 15 de febrero
- STS de 15 de marzo de 2013
- STS de 3 de marzo de 2014
- STS 724/2015 de 17 de noviembre
- SAP Burgos 360/2013 de 3 de septiembre
- SAP Cantabria 48/2001 de 8 de junio
- SAP Cantabria 102/2000 de 31 de julio
- AAP Castellón de 8 junio
- SAP Castellón 255/2002 de 23 de septiembre
- SAP Gerona 83/2000 de 4 de mayo
- SAP Granada 45/2003 de 28 de enero
- SAP Jaén 69/1999 de 3 de noviembre
- SAP León de 18 de febrero de 1997
- SAP Madrid de 5 de marzo de 1993

II. OTRAS MATERIAS

- STS de 31 de enero de 1985 (sobre abuso de superioridad)
- STS de 20 de junio de 1985 (sobre abuso de superioridad)
- STS 15 de diciembre de 1986 (sobre abuso de superioridad)
- STS 30 de enero de 1987 (sobre abuso de superioridad)
- STS 28 de junio de 1989 (sobre abuso de superioridad)
- TS de 14 de octubre de 1991 (sobre abuso de superioridad)
- STS de 23 de abril de 1997 (sobre abuso de superioridad)
- STS de 1 de marzo de 1999 (sobre abuso de superioridad)
- STS 653/1994 de 26 de marzo (sobre los criterios adecuados que permiten lograr la exoneración mediante una lícita delegación)
- STS /1996 de 23 de abril de 1992, recurso 3654/1992 (“*sentencia de la colza*”) (sobre concepto funcional o personal de patrimonio)
- STC 45/2009 de 19 de febrero (sobre la potestad del legislador para crear delitos)

MATERIALES Y MEDIOS LEGISLATIVOS

I. CÓDIGOS Y LEYES

- Constitución Española. Publicado en el BOE núm. 311, de 29/12/1978, consultado en la página web del BOE, www.boe.es.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Código Penal de 1995)
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Reforma de 2015 del Código Penal de 1995).
- Código Penal Español decretado por la Cortes el 8 de junio de 1822, sancionado por el Rey y mandado a promulgar el 9 de julio del mismo año, Imprenta Nacional, Madrid, 1822. (Código Penal de 1822).
- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Publicado en el BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Código Penal de 1973).
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Ley Orgánica de 1983 de Reforma del Código Penal).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en el BOE núm. 206, de 25/07/1889, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Código Civil).

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en el BOE núm. 7, de 08/01/2000, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en el BOE núm. 260, de 17/09/1882, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en el BOE núm. 161, de 03/07/2010, consultado en la página web del BOE, www.boe.es. (Ley de Sociedades de Capital).
- Código Penal alemán traducido oficialmente al inglés (German Criminal Code) por el Prof. Dr. Michael Bohlander, consultado en la página web del Ministerio Federal de Justicia (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz), www.gesetze-im-internet.de. (CP alemán).
- Código Penal alemán, trad. López Díaz, C., Universidad Externado de Colombia. La versión traducida es la publicada bajo el título *Strafgesetzbuch*, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Múnich, 1998.

II. PROYECTOS LEGISLATIVOS E INFORMES

- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCE). Congreso de los Diputados. Número 108-I, de 17 de enero de 1980. (PLOCP).
- Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, Madrid. (PANCP).
- Proyecto de Código Penal de 1992, Madrid. (PCP-1992).
- Proyecto de Código Penal de 1994, Madrid. (PCP-1994).
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 20 de diciembre de 2012, consultado en la página web del Consejo Fiscal, www.fiscal.es.

